Série A. — N° 68

UNIVERSITE DE STRASBOURG

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Les restrictions au droit de disposer relatives au régime foncier en Alsace-Lorraine.

(Etude de l'article 38 f) à i) de la loi du 1er juin 1924, suivie d'un exposé sur la procédure de l'inscription.)

THESE POUR LE DOCTORAT D'ETAT

(Sciences juridiques)

présentée et soutenue

par

Gustave REISACHER

JURY DE LA THESE:

Président:

M. DUQUESNE, Doyen

Suffragants:

M. CABY, professeur

M. DEGAND, chargé de cours

Sainte-Marie-aux-Mines
Imprimerie et lithographie E. & R. Cellarius
1933.

Série A. — N° 68

UNIVERSITE DE STRASBOURG

Faculté de Droit et des Sciences Politiques

Les restrictions au droit de disposer relatives au régime foncier en Alsace-Lorraine.

(Etude de l'article 38 f) à i) de la loi du 1er juin 1924, suivie d'un exposé sur la procédure de l'inscription.)

THESE POUR LE DOCTORAT D'ETAT

(Sciences juridiques)

présentée et soutenue

par

Gustave REISACHER

JURY DE LA THESE :

Président :

M. DUQUESNE, Doyen

Suffragants :

M. CABY, professeur

M. DEGAND, chargé de cours

Sainte-Marie-aux-Mines
Imprimerie et lithographie E. & R. Cellarius
1933.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Les restrictions au droit de disposer relatives au régime foncier en Alsace-Lorraine.

(Loi du 1er juin 1924).

INTRODUCTION

La loi du 1er Juin 1924 a mis en vigueur dans nos trois départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, l'ensemble de la législation civile et commerciale française, à partir du 1er Janvier 1925. C'est ainsi, qu'à partir de cette date, le Code civil est devenu applicable en Alsace-Lorraine, avec les principes généraux du droit civil français. Toutefois la loi du 1er Juin 1924 dite « loi locale » a laissé subsister certaines institutions de l'ancien régime dont elle a reconnu la supériorité. Il en est ainsi du livre foncier, qui est un registre de publicité plus complet qu'en droit français le registre des hypothèques, et qui nous donne, d'une façon aussi précise que possible, l'état-civil des immeubles, par suite de l'inscription qui s'y trouve des constitution, transfert et extinction des droits relatifs à la propriété immobilière.

Au sujet des inscriptions au livre foncier, la loi locale mentionne, dans son article 38 f) à i) les restrictions au droit de disposer immobilières qui forment l'objet de la présente étude.

D'après une définition déjà ancienne (V. Kisch « Elsass-Lothringisches Landesprivatrecht ») la restriction au droit de disposer est l'inaptitude d'une personne de disposer d'une chose qui est dans le commerce. Cette inaptitude est absolue lorsqu'elle peut être invoquée par tout le monde, elle est relative lorsqu'elle ne peut être invoquée que par certaines personnes nettement déterminées. Pour être opposable aux tiers, la loi a assujetti à une inscription spéciale les restrictions au droit de disposer relatives. Dans l'ancien droit cette opposabilité aux tiers n'était en principe efficace que pour les restrictions au droit de disposer légales ou judiciaires. Aujourd'hui, comme nous allons le voir, ce principe a subi des exceptions importantes. En effet, l'art. 38 f) à i) assujettit à inscription les restrictions au droit de disposer conventionnelles telle que promesse de vente, legs ou donations avec charge de substitution et en général toutes les clauses d'inaliénabilité et conditions résolutoires valablement convenues d'après le droit français. Les restrictions au droit de disposer vont ainsi acquérir une importance pratique considérable et c'est donc avec beaucoup d'intérêt que nous allons examiner ce sujet très original et tout à fait nouveau par rapport à la législation des autres départements. En effet, quelle est l'origine de l'article 38? Ce n'est ni le Code civil, ni la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. Pour élaborer la matière, le législateur de 1924 a puisé dans les célèbres lois de la période intermédiaire (Zwischenrecht), dont la plus importante est sans nul doute celle du 22 juin 1891 qui a institué le

livre foncier en Alsace-Lorraine. Cette loi a disposé dans son § 3 al. 6 que sont inscrites au livre foncier pour être opposables aux tiers de bonne foi, les restrictions au droit de disposer (Verfügungsbeschränkungen) telles que le jugement déclaratif de faillite ou la libéralité accompagnée d'une substitution permise. Elle continue dans son § 10, que cette inscription remplace l'ancienne transcription sur le registre des hypothèques. Enfin la loi du 24 juillet 1889 prescrivait la publicité de l'action résolutoire fondée sur l'inexécution des obligations résultant du contrat.

Ces dispositions ont subi d'importantes modifications lors de l'introduction du Code civil allemand en Alsace-Lorraine. Ce code respecte d'une façon complète les principes de publicité et de spécialité qui doivent être la base de tout régime foncier. C'est ainsi que le B. G. B. dans son § 137 annule toujours vis-à-vis des tiers, même de mauvaise foi, les restrictions au droit de disposer conventionnelles. La législation allemande va même jusqu'à protéger d'une façon absolue les tiers de bonne foi contre toute restriction au droit de disposer non inscrite au livre foncier (§ 892 B. G. B.). Le législateur de 1924 a-t-il maintenu ces principes? Non, quand même qu'il aurait été bon de maintenir le principe de la foi publique à l'égard des inscriptions effectuées au livre foncier. Mais tout en revenant vers le système de la loi de 1891, le législateur de 1924 a protégé les tiers d'une manière complète en posant la règle fondamentale que toutes les restrictions au droit de disposer d'un propriétaire, soit qu'elles résultent de la convention, de la décision judiciaire et même en principe de la loi, ne seront opposables aux tiers de bonne foi qu'à partir de leur inscription au livre foncier conformément à l'article 38 f) à i).

Le plan de notre étude est donc tout indiqué.

Nous étudierons en trois parties :

1) Le droit antérieur à la loi du 1er juin 1924.

2) Les restrictions au droit de disposer actuelles.

3) Leur inscription au livre foncier.

Enfin, nous conclurons par un exposé critique du régime actuel de ces restrictions.

BIBLIOGRAPHIE

La matière des restrictions au droit de disposer a donné lieu à d'intéressantes constructions de jurisprudence que nous trouvons recueillies et commentées dans le « Répertoire Pratique de Droit et de Jurisprudence d'Alsace-Lorraine » publié par Mr Niboyet. Relevons également parmi les nombreuses revues juridiques :

Le bulletin de l'Association nationale des notaires de France ;

Le bulletin publié par le Comité régional des notaires du ressort de la Cour de Colmar ;

Le journal des notaires et des avocats ;

Le journal du notariat ;

La Revue juridique d'Alsace et de Lorraine (Schaffhauser) ;

Le recueil civil et notarial des juris-classeurs ;

Les recueils de Dalloz de Sirey et la Gazette du Palais.

Des traités spéciaux et actuels en la matière n'existent pas. Nous renvoyons par conséquent aux nombreux traités et ouvrages généraux de droit français parmi lesquels nous relevons à titre d'exemples :

AMIAUD. (Traité-Formulaire général alphabétique et raisonné du Notariat).

AUBRY et RAU. (Cours du droit civil français, 1897-1922).

BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. (Traité de droit civil, 1905).

COLIN et CAPITANT. (Cours élémentaire de droit civil français, 1931-1932).

DAVY. (Précis-Formulaire du Notariat continué par la Basoche, 1931).

DEMOLOMBE. (Cours de Code Napoléon, 1869-1870).

GARSONNET et CÉZAR-BRU. (Traité de procédure).

JOSSERAND. (Cours de droit civil positif français, 1932).

LAURENT. (Principes du droit civil positif français, 1859-98).

LYON-CAEN et RENAULT. (Manuel de droit commercial, 1924).

PLANIOL. (Traité élémentaire de droit civil, 1924).

PLANIOL-RIPERT. (Traité pratique de droit civil français, 1925-33).

TROPLONG. (Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, 1835-56).

En ce qui concerne l'ancien droit et le droit local, nous citons comme exemples :

BUFNOIR, SALEILLES... (Le code civil allemand, traduit et annoté par le Comité de législation étrangère).

CHERON-MUHLEISEN. (Précis de procédure locale du Haut-Rhin, Bas-Rhin et de la Moselle).

FOERTSCH. (Der Code civil und das Bürgerliche Gesetzbuch).

GAUPP-STEIN-JONAS. (Civilprozessordnung).

KISCH. (Elsass-Lothringisches Landesprivatrecht).

MOLITOR-STIEVE. (Das Gesetz betreffend die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Elsass-Lothringen).

MOREL. (Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine).

NIBOYET. (Conflit entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace-Lorraine en droit privé).

PLANCK et STAUDINGER. (Kommentar zum B. G. B.).

SCHROEDER et ALBRECHT. (Grundbuchentscheidungen) et les commentaires des Reichsgerichtentscheidungen.

N'oublions pas : L'introduction du droit civil français en Alsace-Lorraine, études d'histoire et de droit par un groupe de magistrats, d'avocats et de professeurs, publiée par l'Université de Strasbourg, que nous aurons l'occasion de citer plusieurs fois.

Principales abréviations

Les traités, manuels et commentaires indiqués dans la notice bibliographique seront cités par les noms de leurs auteurs. Les codes, recueils de jurisprudence et les revues seront désignées par les abréviations suivantes :

A. G. : Ausführungsgesetz, Loi d'exécution du B. G. B. en Alsace-Lorraine,

B. G. B. : Bürgerliches Gesetzbuch, Code civil allemand,

C. Civ. : Code civil français,

C. Com. : Code de commerce français,

C. pr. civ. : Code de procédure civil français,

D. ou D. P. : Dalloz périodique,

D. H. : Dalloz hebdomadaire,

E. G. : Einführungsgesetz, Loi d'introduction du B. G. B.

G. B. O. : Grundbuchordnung, Code sur le livre foncier (24 mars 1897),

Gaz. Pal. : Gazette du Palais,

Journ. des Not. et Avoc. : Journal des Notaires et des Avocats,

K. O. : Konkursordnung, Code sur la faillite (20.5.1898),

L. Loc. : Loi locale du 1er juin 1924,

R. G. : Entscheidungen des Reichsgerichts,

Rev. Enreg. : Revue de l'Enregistrement,

Rev. Jur. d'Als. Lorr. : Revue Juridique d'Alsace et de Lorraine,

Rép. Niboyet : Répertoire de Droit et de jurisprudence d'Alsace et de Lorraine, publié sous la direction de M. NIBOYET,

S. : Sirey,

Str. G. B. : Strafgesetzbuch, code pénal allemand,

Str. P. O. : Strafprozessordnung, Code de procédure pénale allemand,

Z. P. O. ou C. P. O. : Zivilprozessordnung, Code de procédure civil allemand et local.

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT ANTÉRIEUR A LA LOI DU 1er JUIN 1924
(deux périodes)

CHAPITRE PREMIER

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER DANS LE DROIT INTERMÉDIAIRE
(Zwischenrecht)
Période de 1871 à 1900

GÉNÉRALITÉS (1)

Après l'annexion de l'Alsace-Lorraine à l'Allemagne par le Traité de Francfort, les principes du Code civil et de la Législation Civile française vont rester un certain temps encore en vigueur sur le territoire annexé. Cette période transitoire qui marque le passage vers l'introduction du B. G. B. s'étend jusqu'au 1er Janvier 1900 et est connue sous le nom de « Zwischenrecht ».

Le Code civil ignore les restrictions au droit de disposer telles qu'elles figurent dans le B. G. B. et dans notre droit local actuel. Cela tient à l'organisation du régime foncier, dont les principes relatifs à la publicité des droits immobiliers varient selon les différentes législations en question.

(1) V. le Code civil en Als.-Lorr. de 1804 à 1900 par G. Muhleisen dans la brochure « L'Introduction du Droit Civil Français en Alsace-Lorraine » page 33 et s. V. Rép. de M. Niboyet. Tome I Immeubles page 207. V. le « Régime foncier d'Als. et de Lorr. » de Morel p. 2 ss

Nous exposons par conséquent dans une première section : Le régime foncier en France, issu du Code civil et de la loi du 23 Mars 1855, en rapport avec les restrictions au droit de disposer immobilières ; dans une deuxième section : Les modifications apportées par la loi locale du 22 Juin 1891 sur les livres fonciers ; et dans une troisième section, nous donnerons une classification des restrictions au droit de disposer dans la période intermédiaire.

PREMIÈRE SECTION

LE RÉGIME FONCIER EN FRANCE EN RAPPORT AVEC LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER (1)

En France, les inscriptions et les transcriptions, opérées sur les registres du Bureau des Hypothèques, constituent les deux modes essentiels de publicité des droits relatifs à la propriété immobilière (Loi du 21 ventose an VII modifiée par les décrets du 27 novembre 1900 et 1er Octobre 1926). Le premier mode sert à publier les hypothèques et les privilèges immobiliers (articles 2134 et 2166 du Code civil), le deuxième, les autres droits réels susceptibles d'hypothèque. La loi a prévu, en outre, pour certaines circonstances, la mention c'est-à-dire l'analyse succincte d'une convention, opérée par le conservateur des hypothèques en marge d'une inscription ou d'une transcription. Ce dernier mode de publicité est exceptionnel. La loi le prévoit par

(1) V. Traité de Planiol-Ripert. Tome III pages 596 et suiv. sur le Transfert de la propriété et Tome XII page 640 sur la publicité hypothécaire notamment le Régime spécial de l'Alsace-Lorraine.

exemple pour la demande en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (Art. 958 C. Civ.) et pour les jugements prononçant la résolution, la nullité, ou la rescision d'un acte transcrit (loi du 23 Mars 1855 art. 4) (1). Sauf exceptions édictées par la loi, l'inscription et la transcription constituent donc les deux seuls modes légaux de la publicité des droits relatifs à la propriété immobilière.

A la différence de l'inscription, la transcription comporte la copie intégrale de l'acte juridique dans les livres du conservateur des hypothèques. Celui-ci l'effectue sans contrôle préalable officiel et en délivre aux tiers des extraits certifiés conformes. Il en résulte que les tiers pourront se renseigner sur les restrictions au droit de disposer, qui pourront grever une propriété foncière, par la lecture de l'acte juridique qui la concerne, copié intégralement sur le registre du Bureau des hypothèques. La loi du 23 Mars 1855 énumère à cet effet d'une façon générale tous les actes et jugements devant être transcrits. Elle ne parle point des restrictions au droit de disposer. Sans doute, certaines de ces restrictions doivent être l'objet d'une publicité pour être opposables aux tiers : telles les substitutions, la donation cumulative de biens présents et à venir et la saisie immobilière. Mais il en existe beaucoup d'autres qui ne sont assujetties à aucune publicité directe. Citons comme exemples : la restriction au droit de disposer à titre gratuit résultant de l'institution contractuelle, la restriction résultant de l'adoption du régime dotal, le dessaisissement résultant en cas de faillite et surtout toutes les restrictions résultant des conditions résolu-

(1) V. Etude par M. Masonnabe-Puyanne, conservateur des hypothèques « Des mentions en marge des formalités hypothécaires » parue dans le Recueil des Juris-Classeurs 1932 N° 23.

toires et des clauses d'inaliénabilité. Certaines d'entre elles pourront bien être l'objet d'une publicité indirecte par suite de la transcription de l'acte qui les renferme, comme par exemple la clause d'inaliénabilité accompagnant une donation d'immeuble, mais d'autres restent complètement occultes, comme la clause d'inaliénabilité résultant d'un legs immobilier. Dans tous ces cas, la nullité de l'aliénation est cependant opposable au tiers acquéreur.

Les restrictions au droit de disposer publiées par voie de transcription ne seront opposables aux tiers qu'autant qu'elles constituent des droits réels de nature à être transcrits. En effet, la transcription hypothécaire n'est imposée par le Code Civil et la loi de 1855 que pour consolider des droits réels en les rendant opposables aux tiers. Il en résulte que seules seront valablement transcrites, les restrictions édictées par un texte, telles que celles résultant des articles 1048/9 du Code civil (Substitution) et celles résultant de l'article 1084 du Code civil (Donation des biens présents et à venir) (1). La transcription des restrictions au droit de disposer purement conventionnelles ne produira aucun effet vis-à-vis des tiers (2). Il sera par conséquent parfaitement inutile de procéder à leur publication et celle-ci ne pourra être qu'un moyen d'intimidation vis-à-vis des tiers. Citons comme exemple les cas classiques de la promesse de vente et du pacte de préférence d'acquisition (3).

Malgré de sérieuses critiques apportées à ce régime, celui-ci est encore aujourd'hui le régime en vigueur à

(1) Voir notre classement dans la Section Troisième du présent chapitre.

(2) En ce sens Molitor-Stieve p. 341 c.

(3) Cass. requ. 26 mai 1908. S. 1909, 1, 327 et Nancy 4 avril 1906 S. 1906, 2, 241.

l'Intérieur. Toutefois une loi du 24 Juillet 1921 est venue modifier les formalités de la transcription, qui ne se réalise aujourd'hui plus par la copie sur un registre, mais consiste dorénavant dans la réunion d'originaux ou d'expéditions des actes transcrits sur papier spécial fourni par l'administration. Le procédé de l'inscription a subi une réforme d'ordre parallèle depuis la loi du 1er Mars 1918. Reste la seule différence entre l'inscription et la transcription en ce sens, que le bordereau de transcription reproduit intégralement la teneur de l'acte avec toutes les charges et restrictions qu'il renferme, tandis que le bordereau d'inscription procède par extraits et n'indique que les clauses de l'acte dont la connaissance intéresse les tiers.

Tel est le système issu du Code civil et de la loi du 23 Mars 1855. Remarquons que la transcription et l'inscription ne constituent que des modes de publicité et ne garantissent point la validité de l'acte publié. Les dits textes ne confèrent aucune investiture à celui qui publie son titre, mais lui permettront seulement, sous la condition que l'acte est valable en soi, de l'opposer aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont fait publier, conformément à la loi.

DEUXIÈME SECTION

LES MODIFICATIONS APPORTÉES PAR LA LOI SUR LES LIVRES FONCIERS DU 22 JUIN 1891. (1)

C'est surtout la grande loi du 22 Juin 1891 qui a établi des livres fonciers en Alsace-Lorraine et qui est venue

(1) V. Molitor-Stieve « Verfügungsbeschränkungen » dans son livre page 341, et Kisch « Die Verfügungsbeschränkungen mit Bezug auf Grundstücke » dans son livre page 468.

modifier le régime foncier dans nos trois départements. Cette loi avec son corollaire, la loi sur la propriété immobilière, le régime hypothécaire et les frais des actes notariés du 24 Juillet 1889 sont restés en vigueur jusqu'à l'introduction du B. G. B. (1).

D'après ces textes, la propriété d'un immeuble sis en Alsace-Lorraine ne se transmet plus par le simple consentement, qui ne conservait que sa force obligatoire, mais nécessite un acte authentique, acte passé devant notaire. Le régime de la publicité a été unifié par la loi de 1891, qui a supprimé purement et simplement le procédé de transcription et n'a mis en œuvre qu'un procédé unique : celui de l'inscription. L'inscription se fait au livre foncier pour tout immeuble situé dans une commune dont le cadastre a été renouvelé. Pour arriver à une large publicité, le législateur de 1891 a édicté les principes de l'absolutisme, de la légalité et de la relativité de l'inscription, principes que nous allons retrouver dans la loi locale de 1924 (2). En outre, la loi du 22 Juin 1891 soumet à inscription tous les actes constitutifs, translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière, à titre onéreux ou à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort. Elle mentionne expressément dans son § 3 N° 6, les restrictions au droit de disposer qu'elle assujettit, pour la première fois, à une publicité directe. Cette inscription spéciale des restrictions au droit de disposer a pour but de compléter l'état-civil d'un immeuble. Elle est devenue nécessaire par suite de la suppression du procédé de la transcription, qui, sous l'empire du Code civil et de la loi de 1855, faisait apparaître les charges et restrictions au droit de disposer. Dorénavant, on est obligé de publier ces charges et

(1) Sauf une modification de peu d'importance du 14 juillet 1895.
(2) V. notre troisième partie « Généralité ».

restrictions d'une façon directe pour pouvoir les porter à la connaissance des tiers. Enfin, conformément au principe déjà posé par la loi de 1889, toute clause de résolution d'une obligation ayant pour objet un transfert de propriété immobilière devait être inscrite au livre foncier pour être opposable aux tiers (art. 5). Mais ce texte ne visait expressément que des causes de résolution fondées sur l'inexécution des obligations résultant du contrat conformément à l'art. 1184 du C. civ. Elles n'étaient opposables aux tiers qu'à la condition d'avoir été expressément prévues dans l'acte et que si l'acte avait été transcrit. Il en résulte que toutes les autres causes de résolution telles que la révocation des donations pour survenance d'enfant ou la réduction pour atteinte à la réserve continuaient à échapper à la publicité. Remarquons encore, que les aliénations sous condition suspensive ne pouvaient être inscrites qu'après l'avènement de la condition, sauf faculté pour l'acquéreur de demander l'inscription d'une annotation (Vermerk) au livre foncier pour la garantie de son droit conditionnel (art. 13). Cette annotation jouait d'ailleurs le même rôle que la prénotation actuelle. Notons que la loi de 1891 n'a rien changé au principe matériel du droit civil français dont la base fondamentale reste l'article 1138 du Code civil. L'inscription n'a pas pour effet de valider un droit constitué, elle n'a d'autre but que de rendre ce droit opposable aux tiers.

Quelles sont, maintenant, les restrictions au droit de disposer assujetties à inscription pour pouvoir être portées à la connaissance des tiers? C'est ce que nous allons voir dans la section suivante

TROISIÈME SECTION

CLASSEMENT DES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER

En principe toutes les restrictions au droit de disposer prennent leur source dans la loi : Code civil, loi d'Empire (Reichsgesetz) et la loi locale d'Alsace-Lorraine (Landesgesetz). Elles sont ou bien occultes ou bien publiées dans les registres de publicité, qui sont : l'ancien registre des hypothèques pour les communes qui n'ont pas renouvelé leur cadastre et le livre foncier établi dans les autres communes en vertu de la loi de 1891. Au point de vue de leur publicité, ces restrictions peuvent être classées en deux groupes : Les restrictions au droit de disposer absolues et les restrictions au droit de disposer relatives.

1. — DES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER ABSOLUES

Les restrictions au droit de disposer absolues sont très rares. De la définition donnée dans l'introduction il appert, qu'il y a lieu d'exclure en premier lieu l'indisponibilité des biens hors du commerce (domaine public par ex.) (1) et en second lieu l'incapacité juridique et la capacité juridique restreinte des personnes (interdits, mineurs par ex.).

Des cas de restrictions au droit de disposer absolues résultent du § 93 du code pénal allemand (Str. G. B.) et des § 332 et 480 du code de procédure pénale allemand (Str. P. O.), prévoyant la séquestration de fortune par suite de haute trahison et par suite d'absence de l'accusé.

(1) Voir en sens contraire Molitor page 264.

L'efficacité de ces restrictions ne dépend pas de leur inscription Ces restrictions seront toutefois publiées conformément aux § 333 et 334 de la Str. P. O. et dans les livres fonciers provisoires s'il en existe.

2. — DES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER RELATIVES

Ces restrictions au droit de disposer sont par contre très nombreuses. Au point de vue de l'opposabilité, elles sont, ou bien occultes ou bien soumises à inscription.

Sont opposables aux tiers, à défaut de toute publicité, les restrictions résultant :

1) de l'institution contractuelle (Art. 1082/3 C. Civ.),

2) du régime dotal (Art. 1554 C. Civ. et § 160 A. G.),

3) de la séquestration de fortune dans les cas de l'insoumission et désertion (§ 140 Str. G. B. et 48) Str. P. O.). V. aussi les §§ 325/6 Str. O.),

4) de la faillite (§ 30 A. G. de la C. P. O.) (1).

Par contre les restrictions assujetties à la publicité pour être opposables aux tiers sont celles résultant :

1) de la donation des biens présents et à venir faite par contrat de mariage, au profit du donataire qui déclare au décès du donateur s'en tenir aux biens présents (Art. 1084 C. Civ.),

2) de la donation ou du legs de biens grevés de substitution au profit de l'appelé (Art. 1048 et 1049 du C. Civ.),

3) de la séparation des patrimoines au profit des créanciers et légataires qui l'ont demandé (Art. 2111 du C Civ.),

---

(1) Voir toutefois Leoni, Grundeigentumgesetz page 133, qui fait dépendre l'efficacité de la restriction de la transcription de l'ouverture de la procédure de faillite.

4) de l'ordonnance d'exécution forcée au profit des créanciers poursuivants et hypothécaires inscrits (§ 33 de la loi du 24 juillet 1889),

5) et des mesures provisoires ordonnées par le Tribunal au profit de la partie adverse (§ 26 de la loi du 24 juillet 1889).

La publication de ces restrictions est à effectuer ou bien dans les registres hypothécaires ou bien dans les livres fonciers provisoires établis en conformité de la loi de 1891.

Notons qu'il existe encore de nombreux cas discutés résultant d'un transfert de la propriété susceptible de révocation et considéré comme non définitif. (1) Il en est ainsi de la résolution d'un contrat synallagmatique pour cause d'inexécution des conditions (Art. 1184 C. civ.), de la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude ou survenance d'enfant (Art. 957, 958 et 960 du C. civ.), et en général de la résolution d'une aliénation par suite de l'arrivée d'une condition résolutoire légalement stipulée.

Nous n'insisterons pas sur ces cas, étant donné que nous y consacrerons des sections spéciales dans la deuxième partie de notre exposé. (2)

(1) En ce sens Kisch, page 474, « Das revokable Eigentum an Grundstücken ».

(2) Voir Molitor-Stieve qui considère également comme des restrictions au droit de disposer :

1) la révocation d'une donation par suite d'ingratitude (Art. 958 C. civ.),

2) la donation faite entre epoux en conformité des articles 1092 et 1093 du Code civil,

3) le retrait d'indivision au profit de la femme dans le cas de l'article 1408, al. 2 du Code civil,

4) l'acquisition faite par un acte juridique annulable,

5) l'aliénation faite sous condition suspensive et résolutoire. Pour ce dernier cas une réglementation spéciale est faite dans le § 25 de la loi d'exécution de la G. B. O.

CHAPITRE DEUX

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER SOUS L'EMPIRE DU B. G. B.

Période de 1900 à 1925

GÉNÉRALITÉS (1)

Le Code civil allemand entre en vigueur le 1er janvier 1900, date à laquelle le Code civil français est officiellement abrogé (loi locale du 22 novembre 1899).

Cet événement inaugure pour la vie juridique de nos trois départements une phase nouvelle, qui va avoir une influence générale sur le régime foncier et, par suite, une répercussion plus spéciale sur les restrictions au droit de disposer.

La réforme, qui est sans nul doute la plus importante, est l'institution des livres fonciers en Alsace-Lorraine. Cette réforme, déjà amorcée par la loi de 1891, qui a établi des livres fonciers dits « provisoires », est accentuée maintenant par l'établissement des livres fonciers dits « définitifs ». Ces derniers livres obéissent à certains principes fondamentaux qu'il est indispensable de rappeler, parce qu'ils constituent la clef de voûte de tout ce système foncier qui a pour base une très large protection des tiers et qui va rester en vigueur jusqu'au 1er janvier 1925.

(1) V. le Code civil dans la terre d'Empire du 1er janvier 1900 au 11 novembre 1918 par M. le Doyen Duquesne dans « L'introduction du Droit civil français en Als.-Lor. » page 43 et s. V. Rép. de M. Niboyet. Tom I. Immeubles page 208 à 209. V. le Régime foncier d'Als. et de Lorr. p. Morel page 25 ss.

Ces principes sont les suivants :

Le livre foncier d'Empire est l'unique et nécessaire instrument de publicité pour tout ce qui concerne l'état-civil d'un immeuble. Nul ne peut disposer d'un droit réel immobilier s'il n'est inscrit au livre foncier. Toute personne intéressée peut en prendre connaissance et en demander des copies ou extraits.

Les inscriptions ont une valeur absolue ou constitutive, en ce sens qu'elles sont requises, non seulement pour rendre le droit opposable aux tiers, mais même pour le réaliser entre les parties. La législation allemande exige à cet effet deux contrats pour constituer, transmettre ou supprimer un droit réel, savoir : le contrat obligatoire « Einigung » et le contrat réel ou acte de dessaisine-saisine « Dinglicher Vertrag ». Ces deux contrats sont indépendants l'un de l'autre ; le premier constate simplement l'accord des parties, tandis que le second est constitutif ou translatif du droit réel. L'inscription au livre foncier qui réalise seul cette constitution ou ce transfert ne peut être prise qu'en vertu dudit acte de dessaisine-saisine.

L'inscription n'est effectuée qu'après vérification faite par le préposé du livre foncier du bien fondé de la demande, en particulier si le droit est soumis à inscription, s'il y a consentement à inscription et si le consentement a été donné dans les formes requises.

Grâce à cette vérification, le livre foncier d'Empire est investi d'une force probante irréfragable à l'égard de tous.

Il en résulte que ceux qui acquièrent, de bonne foi, un droit d'une personne inscrite au livre foncier comme son titulaire peuvent se prévaloir de cette acquisition à l'encontre de tout le monde, même du véritable propriétaire. Si le titulaire d'un droit inscrit subit dans

la faculté d'en disposer une restriction au profit d'une personne déterminée, cette restriction n'a d'effet vis-à-vis de l'acquéreur, que s'il en a connaissance ou si elle appert du livre foncier.

Au 1er janvier 1900, les communes d'Alsace-Lorraine ne sont pas encore dotées de livres fonciers d'Empire. Dans la plupart de ces communes, un livre dit de « propriété » (Eigentumbuch) est créé, qui ne contient au début que des feuilles blanches et qui progressivement devient un livre foncier définitif. Remarquons que beaucoup de ces communes avaient les livres fonciers établis d'après la loi de 1891. On y avait inscrit tous les immeubles avec leur propriétaire, mais l'inscription des autres droits réels ne s'était faite qu'à la demande des parties et dans la mesure où la transcription était permise par la loi du 23 mars 1855. Ces livres n'étaient donc pas complets, d'où le nom de « livre foncier provisoire » (Vorläufiges Grundbuch).

Au livre dit « de propriété » comme au livre foncier dit « provisoire » s'appliquent les principes énoncés ci-dessus du B. G. B. à l'exception toutefois de celui qui a trait à la foi publique. Ce dernier principe est réservé au livre foncier d'Empire, qui est établi en Alsace-Lorraine, seulement à partir de 1905.

Nous étudierons en deux sections :

1) L'influence des trois registres fonciers sur les restrictions au droit de disposer de l'ancien droit.

2) Les restrictions au droit de disposer du droit nouveau.

PREMIÈRE SECTION

L'INFLUENCE DES TROIS REGISTRES FONCIERS SUR LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER DE L'ANCIEN DROIT (1)

En vertu du § 168 E. G. les restrictions au droit de disposer existant à l'époque de la mise en vigueur du B. G. B. restent en vigueur, sans préjudice aux dispositions du code civil allemand établies en faveur des tiers acquéreurs de bonne foi.

Il en résulte, que les restrictions au droit de disposer, valablement constituées dans l'ancien droit, gardent leur efficacité et leur rang dans le droit nouveau, sans être assujetties en principe à une nouvelle publicité dans les registres fonciers. Mais une inscription sera utile et nécessaire au point de vue du rang de ces restrictions dans les nouveaux registres, savoir : 1) Dans le livre foncier d'Empire et avec son établissement, en raison du principe de la force probante attachée à ce livre. 2) Dans le livre de propriété dans un délai de dix ans, à dater de l'entrée en vigueur du B. G. B., en vertu du § 113 A. G.

Les restrictions assujetties à la publicité dans les registres sous l'ancien droit et qui n'ont pas encore été transcrites au 1er Janvier 1900 pourront encore maintenant être publiées dans l'un des trois registres de publicité, mais elles ne pourront porter atteinte aux droits acquis des tiers (2). Remarquons que celles qui n'étaient pas assujetties à une publicité dans les regis-

(1) V. Kisch page 473 et s.

(2) Par ex. les restrictions résultant de l'ordonnance d'exécution forcée (§ 26 de la loi du 24 Juillet 1889) pourront être publiées dans les nouveaux registres fonciers, mais non pas dans les anciens registres hypothécaires. V. jug. du Trib. Colmar du 13 Janv. 1900 dans la Jur. Zeitschr. 26 page 67.

tres sous l'ancien droit resteront efficaces, sans inscription, sous le nouveau droit. Il serait toutefois utile de les publier dans les livres fonciers et dans les livres de propriété pour les raisons indiquées ci-après (V. infra Sect. 2 N° 3) (1). Il est fait une exception par le § 200 E. G. Ce texte dit: Dans la mesure où d'après les lois applicables au régime matrimonial antérieur, la femme mariée est restreinte dans sa capacité de contracter par suite du régime matrimonial, cette restriction reste en vigueur tant que dure le régime matrimonial antérieur. Donc, les époux mariés sous le régime dotal n'ont pas à publier les restrictions résultant de l'art. 1554 du C. civ., et le § 98 A. G. et le § 892 al. 2 B. G. B. ne s'appliquent pas à elles (2).

Notons que les règles suivantes sont à observer pour les inscriptions des restrictions :

1) En ce qui concerne les livres fonciers d'Empire, il y a lieu de produire le consentement du propriétaire, sauf si la restriction est notoirement connue du juge ou prouvée à l'aide d'actes authentiques ou authentiquement légalisés (§ 19, 22 et 29 G. B. O.).

2) En ce qui concerne les autres livres, cette règle relative au consentement à inscription n'existe pas. Il suffit ici de produire un extrait des registres hypothécaires si la restriction a été transcrite sur ces registres, ou à défaut, une preuve quelconque de la naissance de cette restriction (§ 108—110 A. G.).

(1) Remarquons que la portée de cette phrase n'a pas un grand intérêt pratique, en ce sens que les restrictions dispensées de publication dans les registres sous l'ancien droit le sont également d'après la nouvelle législation. Cela est vrai sans exception pour les restrictions absolues; en ce qui concerne les restrictions relatives, on peut citer l'article 1083 C. civ. qui forme une exception.

(2) V. une disposition analogue dans le § 1404 B. G. B. dont il sera question ci-après.

3) Une requête est toujours nécessaire pour les trois registres. Celle-ci est présentée par la personne dans l'intérêt de qui la restriction est édictée. Ce sera, dans le cas de la séparation des patrimoines, les légataires ou créanciers de la succession (Art. 2111 C. civ.) ; dans le cas de substitution, ce sera aussi le grevé de substitution ou le tuteur nommé pour l'exécution (Art. 1069 C. civ.) (1).

DEUXIÈME SECTION

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER DU NOUVEAU DROIT (2).

Au point de vue de leur validité, ces restrictions n'ont pas à être publiées par la voie de l'inscription, mais il en est autrement au point de vue de leur opposabilité aux tiers. A cet effet, il faut distinguer les restrictions absolues et les restrictions relatives.

1. — LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER ABSOLUES

Ces restrictions au droit de disposer sont prévues par la loi dans un intérêt public. Elles sont pour cette raison opposables à tout le monde et dispensées d'inscription au livre foncier (3).

Nous retrouvons dans cette catégorie les restrictions susénoncées résultant de la séquestration judiciaire de fortune par suite de haute trahison, désertion et insou-

(1) Comp. les articles 2111 et 1069 C. civ. avec les §§ 24, 27 de A. G. de la G. B. O.

(2) V. Blanck III page 67 et s. et Staudinger com. du § 892 B. G. B.

(3) V. § 134 B. G. B. (le principe de la force probante n'est pas applicable aux restrictions absolues).

mission (§ 93 Str. G. B.) et par suite d'une accusation publique contre un absent, justifiant son incarcération (§§ 332 et 480 Str. P. O.) (1).

2. — LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER RELATIVES

Ces restrictions au droit de disposer sont prévues pour la protection et dans l'intérêt de certaines personnes seulement. Elles sont en principe assujetties à inscription pour être invoquées à l'encontre des tiers.

Les restrictions au droit de disposer relatives sont édictées directement par la loi, ou prononcées par un Tribunal, ou par une autre autorité dans la limite de sa compétence, en exécution d'une loi (§§ 135 et 136 B. G. B.) (2).

Nous distinguons par conséquent :

a) LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER DITES « LÉGALES »

Ces restrictions résultent notamment :

1) De l'ouverture de la procédure de faillite au profit des créanciers de la masse. — Les actes d'administration et de disposition du débiteur commun après l'ouverture de la procédure sont nuls. (§ 6 K. O.)

2) De la substitution au profit de l'appelé. Lorsque le grevé dispose d'un fonds ou droit sur un fonds,

---

(1) N'est pas à confondre avec une restriction : L'indisponibilité résultant du § 44 A. G. Ce texte interdit d'une façon absolue de disposer des choses faisant partie du domaine public, notamment des chemins et places publics, chemins de fer, canaux navigables, ports de mer, cours d'eau navigables ou flottables, édifices publics, de culte, et forteresses avec accessoires. En effet l'indisponibilité est dans ce cas une qualité de la chose, elle est objective.

(2) D'après le § 136 B. G. B. la défense d'aliéner prononcée par un Tribunal ou par une autre autorité dans la limite de sa compétence est assimilée à la prohibition légale édictée au § 135.

appartenant à la succession, sa disposition est inefficace en cas d'ouverture de la substitution, en tant qu'elle détruirait ou diminuerait le droit du substitué. Il en est de même de la disposition sur un objet de la succession, faite gratuitement ou en vue de remplir une promesse de donation faite par le grevé. Sont exceptées les donations faites pour répondre à un devoir moral ou à une considération de convenances (§ 2113 B. G. B.) (1).

3) Du régime matrimonial. — La femme doit avoir le consentement du mari pour disposer des ses apports (§ 1395 B. G. B.) (2).

4) De la nomination d'un exécuteur testamentaire. — L'héritier ne peut disposer d'un objet de la masse soumis à l'administration de l'exécuteur testamentaire (§ 2211 B. G. B.).

5) De l'ouverture de la curatelle à succession. — Par l'ouverture de la curatelle à la masse, l'héritier perd la faculté d'administrer la masse et d'en disposer. Sont applicables par analogie les dispositions des §§ 6, 7 K. O. Toute demande dirigée contre la masse doit être exercée contre le curateur (§ 1984).

6) De l'ouverture d'une instance judiciaire. — La litispendance ne retire ni à l'un ni à l'autre des parties le droit d'aliéner l'objet litigieux, mais l'aliénation

(1) Comp. § 1446 B. G. B. (donation faite par le mari seul sur les biens communs) ; § 2205 B. G. B. donation faite par un exécuteur testamentaire.

(2) Le régime légal n'a aucune influence sur la capacité de contracter de la femme. Il n'y a que son droit de disposer de ses apports et non de ses biens réservés, qui soit restreint par les §§ 1395 à 1407 B. G. B. Des restrictions peuvent également résulter du régime de la communauté universelle et réduite aux acquêts. Le mari doit avoir le consentement de sa femme pour disposer d'un fonds faisant partie des biens de la communauté « Gesamtgut » §§ 1445, 1519 et 1549 B. G. B.

reste sans effet sur le procès et le jugement passé en force de chose jugée produit effet entre les parties et leurs ayants-cause depuis la litispendance (§§ 265 et 325 Z. P. O.).

Voici les principaux cas de restrictions au droit de disposer légales.

Notons qu'il faut mettre à part les conditions ou termes.

En effet, les §§ 925 et 1017 B. G. B. annulent purement et simplement l'acte de dessaisine-saisine dans les cas d'un transfert de la propriété immobilière ou de la superficie, fait sous condition ou à terme. Dans les autres cas, les conditions ou termes insérés dans un acte juridique partagent le sort de l'acte principal qui les renferme. Ils prennent naissance seulement avec l'inscription de l'acte au livre foncier et cela même entre les parties. Il en résulte que les termes ou conditions n'ont rien de commun avec les restrictions au droit de disposer, car ils n'existent pas même entre les parties avant l'inscription de l'acte qui les renferment ; ou bien ils sont nuls en vertu des §§ 925 et 1017 du B G. B ou bien ils naissent ou tombent avec l'inscription de l'acte principal (1).

(1) Voir la législation française qui, par contre, connaît plusieurs cas de transfert de la propriété immobilière sous condition ou terme et dont l'arrivée de la condition résolutoire fait retourner l'immeuble à l'aliénateur, libéré de toutes charges constituées par l'acquéreur. V. : — les Art. 1184, 954, 1654 et 1656 C. civ. concernant la résolution de l'aliénation, par suite de la non-exécution des obligations conventionnelles par l'une des parties ; — l'art. 960 du C. civ. concernant la révocation d'une donation par la survenance d'un enfant ; — l'art. 1088 du C. civil concernant la révocation d'une donation faite en faveur du mariage si ce dernier ne s'ensuit pas ; — et l'art. 1096 du C. civ. concernant la révocation d'une donation faite entre époux pendant le mariage.

b) Les restrictions prononcées par un tribunal ou par une autre autorité en exécution d'une loi

Ces restrictions résultent notamment :

1) Des mesures provisoires ordonnées par le Tribunal relativement à l'objet du litige, telles que la mise sous séquestre ou l'interdiction d'accomplir tel acte de disposition telles que hypothèque ou aliénation. (§§ 935, 938 et 940 Z. P. O.).

2) Des interdictions d'aliéner en général ordonnées par le Tribunal au débiteur commun dans le cas d'une demande en ouverture de la faillite (§ 106 K. O.) (1).

3) De la séquestration judiciaire de fortune prononcée par le Tribunal contre un accusé pour garantir les frais de procès et pénalités pécuniaires au profit de la Caisse d'Etat (§§ 325, 326 Str. P. O.).

Voici des exemples de restrictions au droit de disposer judiciaires.

La faculté de disposer d'un droit aliénable ne peut être exclue ni restreinte par acte juridique en vertu du § 137 B. G. B. Il en résulte qu'une restriction au droit de disposer dite « conventionnelle » ne peut créer qu'une obligation personnelle entre les parties, mais n'a aucun effet réel. Elle ne sera opposable aux tiers qu'autant qu'elle est édictée par une loi (2). Cependant, il peut arriver qu'une obligation purement personnelle peut être munie d'une sûreté réelle, et cela, par suite de l'inscription au livre foncier d'une prénotation. Cette

(1) Cette disposition n'est pas à confondre avec le § 6 K. O. qui est une restriction au droit de disposer légale.

(2) En ce sens, les restrictions résultant de la nomination d'un exécuteur testamentaire § 2211 B. G. B. et de la clause de substitution § 2113 B. G. B.

prénotation ne sera utilisable toutefois que pour sauvegarder des droits susceptibles d'être inscrits au livre foncier (1). Elle ne pourra servir à la garantie d'une restriction qui interdirait au propriétaire d'un immeuble de disposer de cet immeuble au profit de personnes déterminées. Une convention de ce genre est radicalement nulle dans le cas où elle est convenue entre le propriétaire et son créancier, en vertu du § 1136 B. G. B.

3. — RÈGLES RELATIVES A LA FOI PUBLIQUE DES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER INSCRITES (2)

Si le titulaire d'un droit inscrit subit dans la faculté d'en disposer une restriction au profit d'une personne déterminée, cette restriction n'a d'effet vis-à-vis de l'acquéreur que s'il en a eu connaissance ou si elle appert du livre foncier (§ 892 B. G. B.).

Il résulte de ce texte que seul, en principe, l'inscription au livre foncier peut rendre la restriction opposable au tiers-acquéreur. Ce principe, qui est vrai pour les restrictions au droit de disposer relatives légales et judiciaires, susénoncées, subit toutefois une exception, par le § 1404. En vertu de cette disposition, les restrictions auxquelles est soumise la femme mariée d'après les §§ 1395 à 1403 B. G. B., sont opposables aux tiers, même lorsqu'ils n'ont pas su que la femme était mariée Une autre exception constitue l'incapacité juridique de contracter. En effet, l'acquisition faite d'une personne incapable ou restreinte dans sa capacité juridique est

(1) Par exemple la promesse de vente. V. à cet effet la 2me partie de notre exposé Chap. I, Sect. I.

(2) Ces règles ne concernent que les restrictions au droit de disposer relatives, étant donné que les restrictions au droit de disposer absolues sont opposables à tout le monde de plein droit.

nulle et ne saurait être validée par suite de son inscription. Néanmoins, si le droit acquis a été inscrit à tort, l'acquisition ultérieure faite par un tiers de bonne foi est protégée par la force probante attachée au livre foncier.

En ce qui concerne les restrictions au droit de disposer, le principe de la force probante édictée par l'art. 892 est étendu également aux livres de propriété et aux livres fonciers provisoires, (§§ 98 et 111 A. G). L'art. 98 décide que « des restrictions au droit de disposer existant au profit d'une personne déterminée, n'ont d'effet vis-à-vis des tiers, qui acquièrent un droit sur l'immeuble ou un droit sur un tel droit, que si elles sont inscrites au livre de propriété ou connues de l'acquéreur ». La même règle est étendue au livre foncier provisoire. Nous pouvons donc dire qu'à l'égard des restrictions au droit de disposer et des causes de résolution, les tiers acquéreurs se trouvent protégés exactement comme ils le seraient si les immeubles étaient inscrits au livre foncier définitif (1).

a) QUELLES SONT LES CONDITIONS QU'UN TIERS DOIT REMPLIR POUR POUVOIR INVOQUER CE BÉNÉFICE DE LA FORCE PROBANTE?

Il faut : 1) que le tiers ait acquis un droit sur l'immeuble en vertu d'un acte juridique. Le principe du § 892 ne s'applique donc pas aux acquisitions réalisées en vertu de la loi, telle que l'acquisition faite par un héritier ou résultant du régime matrimonial. L'héritier ne pourra pas invoquer le principe de la foi publique à l'encontre du véritable ayant droit. De même, si la femme inscrite au livre foncier n'est pas en réalité propriétaire de l'immeuble, le droit de jouissance du mari

(1) En ce sens Morel p. 101.

ou de la communauté ne pourra pas s'exercer sur cet immeuble. Le principe de la foi publique ne s'applique pas davantage à l'acquisition par voie d'exécution forcée ou à l'expropriation pour cause d'utilité publique. — Il faut: 2) que le tiers acquéreur soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il n'ait pas connu, au moment de l'acquisition, l'inexactitude du livre foncier. Le tiers acquéreur n'a aucune preuve à fournir à ce sujet et c'est à son adversaire qu'il incombe de prouver la mauvaise foi imputée au tiers.

b) A QUEL MOMENT LE TIERS ACQUÉREUR DOIT-IL AVOIR CONNAISSANCE DE LA SITUATION VÉRITABLE ?

L'époque de la connaissance par l'acquéreur, des restrictions au droit de disposer, devrait être celle de la passation de l'acte. En principe, cette époque est déterminée par la présentation de la requête en inscription. Il en résulte que, si l'acte de dessaisine-saisine a été passé pardevant notaire et non pardevant l'officier du bureau foncier, l'époque de la connaissance des restrictions sera déterminée par la présentation de la requête faite par le notaire. Or, d'après le § 89 (A. G.), l'acte de dessaisine-saisine ne peut être passé en Alsace-Lorraine que pardevant notaire, de sorte que durant la période, qui va depuis la passation de l'acte jusqu'à son inscription, et qui dépend souvent de circonstances sur lesquelles l'acquéreur ne peut avoir aucune influence, des restrictions au droit de disposer pourront valablement être constituées et inscrites contre lui. D'ailleurs il n'est remédié que pour peu à cet inconvénient par le dit § 89 qui oblige le notaire de requérir l'inscription immédiatement et sans délai.

DEUXIÈME PARTIE

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER ACTUELLES

RÉGIME DE LA LOI LOCALE DU 1er JUIN 1924 (Article 38, f à i)

DÉFINITION ET CLASSIFICATION

La loi du 1er Juin 1924 nous donne une énumération des restrictions au droit de disposer sujettes à inscription au livre foncier, dans son article 38, (lettres f à i) ainsi conçu :

Sont inscrits au livre foncier :

a) *la propriété immobilière, etc.* .

f) *les restrictions au droit de disposer, insérées dans un acte d'aliénation ou découlant de tous autres actes, tels que promesses de vente, legs ou donations sous conditions ou avec charge de restitution (art. 1048, 1049 du code civil), droit de retour conventionnel (art. 951, 952 du code civil), droit de réméré, ainsi que celles résultant de la saisie immobilière, de la déclaration de faillite ou de toutes autres décisions judiciaires ;*

g) *tout droit à la résolution d'un contrat synallagmatique ;*

h) *le droit à la révocation d'une donation ;*

i) *le droit au rapport en nature d'une donation (art. 859, 865 du code civil).*

Ces restrictions sont toutes des restrictions au droit de disposer relatives. En effet, les restrictions au droit de disposer absolues sont, comme nous le savons déjà

par l'étude de l'ancien droit, des dispositions d'ordre public, qui n'ont aucun rapport avec le régime foncier. Elles sont, par conséquent, exclues de l'énumération faite par l'article 38.

Les restrictions au droit de disposer relatives, appelées restrictions au droit de disposer tout court, sont en principe seules assujetties à inscription au livre foncier ; ce sont celles qui nous intéressent pour notre étude.

L'article 38 a établi par son énumération 3 catégories de ces restrictions au point de vue de leur origine.

La première renfermant la promesse de vente, le legs ou donation avec charge de restitution, le droit de retour conventionnel et le droit de réméré sont des restrictions au droit de disposer conventionnelles.

La deuxième renfermant la saisie immobilière et la déclaration de faillite sont des restrictions au droit de disposer judiciaires.

Et la troisième renfermant le legs ou donation sous conditions, le droit à la résolution d'un contrat synallagmatique, le droit à la révocation d'une donation et le droit au rapport en nature d'une donation sont des restrictions au droit de disposer qui prennent leur origine directe dans la loi.

Nous pouvons donc définir la restriction au droit de disposer comme étant l'inaptitude de disposer d'un immeuble ou droit immobilier inscrit au livre foncier. Cette inaptitude peut être invoquée par certaines personnes dans l'intérêt de qui la loi, le jugement ou la convention l'ont édicté. Elle sera opposable au tiers à partir de son inscription au livre foncier, sur le droit qui en fait l'objet (1).

(1) Comp. notre définition donnée dans l'Introduction.

Le législateur de 1924 n'a d'ailleurs pas prévu toutes les restrictions au droit de disposer. Son énumération n'est pas limitative. Elle a pour base l'idée maîtresse de la protection des tiers qui traitent sur la foi des inscriptions figurant au livre foncier.

Nous diviserons la deuxième partie de notre exposé en trois chapitres comme suit (1) :

CHAPITRE PREMIER : Des restrictions au droit de disposer conventionnelles, savoir :

la promesse de vente,

le legs ou donation avec charge de substitution,

le droit de retour conventionnel,

le droit de réméré,

la convention d'indivision,

le droit de préemption ou pacte de préférence d'acquisition,

l'aliénation sous condition suspensive ou résolutoire,

le bien de famille insaisissable,

la stipulation d'inaliénabilité.

CHAPITRE DEUX : Des restrictions au droit de disposer judiciaires, savoir :

les mesures provisoires,

l'ordonnance de saisie immobilière,

le jugement de déclaration de faillite.

CHAPITRE TROIS : Des restrictions au droit de disposer légales, savoir :

le legs ou donation sous condition,

le droit à la résolution d'un contrat synallagmatique,

le droit à la révocation d'une donation,

le droit au rapport en nature d'une donation,

les restrictions légales non prévues par l'article 38.

(1) Nous adoptons la classification des restrictions d'après leur origine. En ce sens V. Rép. Niboyet Tome I pages 213 s.s.

CHAPITRE PREMIER

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER CONVENTIONNELLES

GÉNÉRALITÉS

En ce qui concerne les restrictions au droit de disposer conventionnelles, l'article 38 de la loi du 1er Juin 1924 a innové considérablement sur l'ancien droit local. En effet, le dit texte assujettit à inscription toutes les restrictions au droit de disposer insérées dans un acte d'aliénation ou découlant de tout autre acte. Ces restrictions, bien qu'elles n'aient pas le caractère d'un droit réel nouveau par rapport à la loi française, seront opposables aux tiers à partir de la date de leur inscription. (Art. 40 loi locale) (1). Il en résulte que toute restriction au droit de disposer résultant d'un acte juridique sera opposable aux tiers dès qu'elle n'est pas contraire aux principes fondamentaux de la législation française, et qu'elle est publiée en temps utile au livre foncier (2).

Nous étudierons ci-après des exemples types de restrictions au droit de disposer conventionnelles résultant de l'art. 38 de la loi de 1924, en les comparant avec le droit local antérieur.

(1) En effet cette innovation ne va pas jusqu'à créer un nouveau droit réel, et elle garantit seulement à l'égard des tiers un droit personnel.

(2) V. circulaire min. pour l'application de la loi locale, titre II, chap. 3, 1ère partie No 4 al. f. dans le Bulletin officiel d'Als. Lorr. année 1924, pages 1035-6.-V. Jugt. de Cour d'appel de Colmar du 8 Juin 1926. Rev. jur. d'Als. Lorr. 1926 Nos 9-10, page 441. Note de Me Degand.

PREMIÈRE SECTION

LA PROMESSE DE VENTE (1)

La promesse de vente constitue l'une des principales applications de l'article 38 de la loi locale. Elle peut être définie comme étant l'acte par lequel une personne appelée « promettant » s'engage de vendre à une autre personne appelée « tiers bénéficiaire » un bien déterminé.

1. — DE QUEL GENRE DE PROMESSE EST-IL QUESTION DANS L'ARTICLE 38 ?

Le code civil a consacré à la promesse de vente un seul article aux termes duquel « la promesse vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix ». (Art. 1589 C. civil). Ce texte veut dire qu'il faut distinguer entre les promesses synallagmatiques et les promesses unilatérales de vente. Pour les premières, aucune difficulté ne se présente, ce sont de véritables ventes qui, en principe, opèrent immédiatement transfert de la propriété (2). Si ce transfert est retardé par un terme ou une condition, la vente fera l'objet d'une prénotation (3). Les promesses unilatérales, au contraire, sont celles visées par l'article 1589 C. civil et qui constituent des restrictions au droit de disposer au sens de l'article 38.

(1) H. Lalou, Des promesses unilatérales de ventes d'immeubles : cessions actives et cessions passives, D. H. 1928. Chron. p. 1. Les pactes de préférence idem page 41. Thèses : Meurisse, Paris 1925. Boislard, Caen 1929.

(2) En ce sens Colin et Capitant II page 428.

(3) Ces modalités n'empêchent pas le contrat de rester une vente à terme ou à condition — Baudry-Lacantinerie et Saignat N° 62.

2. — QUELLES SONT LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE CES PROMESSES?

Pour être valables, ces promesses doivent réunir toutes les conditions d'une vente ordinaire à l'exception de celle qui a trait au consentement de l'acquéreur. Il faut donc que la chose soit nettement déterminée et que le prix en soit fixé. C'est ce qu'exige l'article 1589 C. civil lorsqu'il mentionne « le consentement réciproque des parties sur la chose et sur le prix » (1). Ces promesses sont valables bien que la réalisation de la vente soit subordonnée à la volonté de l'acheteur éventuel, ce qui constitue une condition potestative prohibée en principe par l'art. 1172 du C. civil. Car, comme nous allons le voir dans notre Chap. III Sect. I, la nullité édictée par cet article ne s'applique qu'aux conditions purement protestatives de la part de celui qui s'oblige ; or dans la promesse de vente c'est l'acquéreur éventuel qui joue le rôle de stipulant (2). Remarquons que la promesse de vente peut être faite purement et simplement ou sous condition. En général, elle est faite avec l'indication d un délai (3), et est insérée dans un contrat de bail. Cependant la promesse de vente et le bail sont deux conventions parfaitement distinctes, d'où il résulte, que si le bail se trouve prolongé pour quelque cause que ce soit, la promesse de vente hors délai tombe (4).

(1) Baudry-Lacantinerie et Saignat N° 68. Rennes 26 janvier 1876 D. 77.2.107.

(2) Laurent XXIV N° 9.

(3) Si aucun délai n'a été stipulé, les tribunaux ont un pouvoir d'appréciation souverain. Aubry et Rau V § 349 p. 9 Nimes 27 décembre 1870 D. 72.2.21.

(4) Paris 10 décembre 1929. Gaz. Pal. 26 janvier 1930. Chevallier : Une promesse de vente peut-elle survivre à la résolution du bail? (Rev. trim. 1926 p. 711).

3. — QUELS SONT LES EFFETS DE LA PROMESSE DE VENTE EN DROIT FRANÇAIS ?

Dans la législation des départements d'outre-Vosges, la promesse unilatérale de vente constitue une obligation qui est purement personnelle de la part du promettant. Elle ne réalise aucun transfert de propriété et laisse les risques intégralement à la charge du promettant. Sa transcription sur les registres hypothécaires sera absolument inefficace et son inexécution pourra tout au plus donner lieu à des dommages et intérêts conformément à l'art. 1142 du Code civil (1). Le bénéficiaire d'une promesse de vente devient propriétaire seulement à partir du jour où il a donné son consentement (2). Il doit subir tous les droits réels établis légalement sur la chose et il ne pourra convenir que la vente aura un effet rétroactif (3). Le danger que courent les bénéficiaires d'une promesse unilatérale de vente est donc certain. Ils peuvent y remédier seulement, en se faisant consentir une hypothèque, pour garantir les dommages et intérêts, qui leur seraient éventuellement alloués, pour inexécution de la promesse. Cependant les tribunaux ont tendance, lorsque le tiers acquéreur est de mauvaise foi, d'annuler la vente faite en fraude des droits du bénéficiaire de la promesse. Ils invoquent pour justifier leur solution, ou bien l'article 1167 C. civ. (action paulienne), ou bien l'article 1382 C. civ. (action délictuelle) (4).

(1) Etude doctrinale de M. Maguet ds : Journ. du Notariat 1923 N° 12.

(2) Ce jour du consentement est à considérer pour estimer la valeur de l'immeuble en cas de lésion.

(3) Planiol II N° 1402.

(4) Paris 5 Juil. 1926. D. H. 1926 P. 472. Cette solution est approuvée par Aubry et Rau V. § 349 p. 7.

4. — QUELLE EST L'INNOVATION RÉALISÉE PAR L'ARTICLE 38 ?

La promesse de vente conclue sous l'empire de la loi de 1924 est le type classique des restrictions au droit de disposer conventionnelles qui doivent être publiées pour produire effet à l'égard des tiers (1). Le propriétaire qui s'est ainsi engagé à vendre son immeuble reste toutefois propriétaire aussi longtemps que le bénéficiaire de la promesse n'a pas levé l'option par son acceptation ou sa renonciation et, en ceci, l'effet de la promesse unilatérale se distingue de celui qu'entraîne une promesse synallagmatique de vendre et d'acheter. Cependant le droit de disposer du promettant est limité du fait qu'il a aliéné sa liberté de vendre au profit du bénéficiaire de la promesse, et il en résulte de graves conséquences. Notamment le prix étant définitivement arrêté, le promettant ne pourra profiter d'aucune plus-value s'il s'en produit, tandis que le bénéficiaire pourra toujours se dérober si une moins-value devra atteindre l'immeuble en question (2). Le promettant est en plus lié vis-à-vis du bénéficiaire dans sa faculté d'aliéner. Si le jour venu, il refusait de signer l'acte de vente sur la demande faite par le bénéficiaire, ce dernier ne serait nullement désarmé, il lui suffira de recourir au Tribunal qui se bornera de constater l'existence de la promesse et le consentement du bénéficiaire, et son jugement tiendra lieu d'acte de vente. Ce jugement sera opposable à tous tiers qui ont acquis l'immeuble malgré l'inscription faite de la promesse au livre foncier.

(1) V. note de Me Degand sous l'arrêt de la C. de Colmar, chambre civ. 8 juin 1926. Rev. Jur. d'Als. Lorr. Sept.-Oct. 1926 p. 443.

(2) Notons que pour parer à cette éventualité, la promesse de vente a souvent lieu avec des arrhes conformément à l'Art. 1590 C. civil.

Est-ce que la restriction au droit de disposer a seulement pour effet d'interdire au promettant les aliénations (ventes ou donations)? La prohibition ne va-t-elle pas jusqu'à atteindre les constitutions d'hypothèque? Le problème qui se pose en effet est le suivant: Une personne ayant consenti une promesse de vente sur son immeuble va constituer après une hypothèque sur le même immeuble au profit d'un tiers. La convention est sans doute valable entre les parties. Mais l'hypothèque inscrite au livre foncier après l'inscription de la promesse de vente sera-t-elle opposable au bénéficiaire de la promesse dans le cas où se dernier se déciderait à acquérir l'immeuble? A notre avis, il faut répondre par la négative et ceci pour deux raisons. Au point de vue des textes, l'art. 40 de la loi locale est à cet égard très net. En effet, il en appert que les restrictions au droit de disposer visées à l'art. 38 peuvent être opposées aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont fait inscrire conformément aux lois. Elles prennent donc rang à dater de leur inscription. Au point de vue de la logique, nous faisons remarquer également que, si l'inscription de la promesse n'était pas opposable au créancier hypothécaire, qui est un tiers au sens de la loi du 23 mars 1855, il serait facile au promettant de se soustraire à son engagement vis-à-vis du bénéficiaire; il lui suffirait d'hypothéquer son immeuble pour une somme supérieure à celle convenue dans la promesse pour rendre illusoire le droit du bénéficiaire de celle-ci.

L'exemple ci-dessus donné a une portée d'application générale. Il ne s'applique non seulement à la promesse de vente, mais en principe à toutes les restrictions au droit de disposer en général. En plus, l'exemple étudié pour le cas concret d'un tiers hypothécaire peut être éten-

du aux tiers au sens de l'art. 40 de la loi du 1er juin 1924. A cet effet, remarquons tout de suite que la loi locale a élargi sensiblement le cercle des tiers, ainsi que nous allons le voir dans la troisième partie de notre exposé. (1)

5. — QUEL ETAIT LE SYSTÈME SOUS L'EMPIRE DU B. G. B.?

Le Code civil allemand a consacré, sous le nom de « Vorkaufsrecht », la même solution que le Code civil pour la promesse unilatérale de vente. Mais la législation allemande a permis au bénéficiaire de conserver son droit moyennant l'inscription d'une prénotation au livre foncier. Il aura ainsi garanti le rang de son droit vis-à-vis des tiers, en attendant la passation du contrat réel de dessaisine-saisine, et il aura aussi évité les inconvénients tels qu'ils résultent de la législation française de l'Intérieur.

6. — QUELLE EST L'UTILITÉ PRATIQUE DE LA PROMESSE UNILATÉRALE DE VENTE?

Les promesses de vente sont extrêmement nombreuses en pratique. Elles rendent de très grands services aux bénéficiaires inscrits. En effet, par suite du droit de préférence, opposable aux tiers, elles confèrent aux bénéficiaires inscrits au livre foncier le temps de se documenter sur la valeur de l'immeuble qu'ils se proposent d'acquérir, de se procurer les fonds liquides, ou encore, s'ils sont locataires, de faire de grosses réparations à l'immeuble, dans l'espoir de l'acquérir par la suite.

(1) V. infra 3e Partie, Section 5.

DEUXIÈME SECTION

LE LEGS OU DONATION AVEC CHARGE DE SUBSTITUTION (1)

La législation française, qui a prohibé dans son article 896 C. civ. les substitutions fidéicommissaires, a toutefois admis certaines exceptions qui dérogent à ce principe prohibitif. Ces exceptions sont consacrées dans les art. 1048 et 1049 du C. civ. Les auteurs de ces textes ont voulu protéger, par là, une certaine catégorie de personnes envers la prodigalité de leurs père et mère. Ils ont prévu le cas, où une personne prodigue aurait, d'une part, un parent en état de lui laisser une certaine fortune et, d'autre part, des enfants en danger d'être privés de ces biens. On a alors permis au parent de la personne, supposée prodigue, de grever ces biens donnés ou légués d'une certaine inaliénabilité, afin d'assurer la transmission de ceux-ci aux enfants du grevé. Remarquons, que ce procédé peut être employé, quand le grevé est susceptible d'avoir d'autres enfants que ceux existant au moment de la disposition ou du décès du testateur.

L'art. 38 de la loi locale a énuméré expressément les art. 1048 et 1049 du Code civil comme donnant lieu à des restrictions au droit de disposer assujetties à inscription au livre foncier.

1. — QUELLES SONT LES CAS DE SUBSTITUTIONS PERMISES ?

Le droit de faire une substitution n'appartient qu'à deux catégories de personnes : les père et mère du grevé (art. 1048) et ses frères et sœurs quand ils n'ont pas

(1) Thèses : Gossin, Dijon, 1911. — Bouzat, Rennes, 1931.

d'enfant (art. 1049). Pour ce dernier cas la disposition est valable, bien qu'il existe des enfants de ces frères et sœurs au moment où ils la font, si ces enfants prédécèdent ; elle est nulle au contraire s'il leur survient des enfants alors qu'ils n'en avaient aucun au jour où ils ont disposé. En effet, la loi dit : « Sera valable en cas de mort sans enfants » (1).

La substitution a lieu seulement en faveur des enfants du grevé, nés ou à naître, au premier degré seulement. Les enfants du premier degré doivent être tous appélés sans exception, à recueillir les biens substitués (2) (art. 1050). La loi ne veut pas qu'on établisse aucune différence entre eux, ni d'après l'âge, ni d'après le sexe.

2. — QUELLES SONT LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER DU GREVÉ DE SUBSTITUTION ?

La substitution permise peut être considérée comme une libéralité conditionnelle, et, lorsque le droit de l'appelé s'ouvre, celui du grevé est rétroactivement résolu (3). En conséquence, jusqu'à l'ouverture de la substitution, le grevé est dans la même situation d'un propriétaire, concernant les biens substitués. Par conséquent, il peut les aliéner à titre onéreux ou à titre gratuit, les grever d'hypothèques ou de servitudes et

(1) Les renonçants et les indignes doivent donc être comptés, Laurent XIV N° 526.

(2) La loi admet la représentation, toutefois si tous les appelés sont décédés laissant eux-mêmes des enfants venant de leur chef, la substitution est nulle — Baudry-Lacantinerie et Colin II N° 3255. Rouen, 23 juin 1848, D. 49.2.187.

(3) En ce sens Colin et Capitant III p. 965. Il semble que la jurisprudence tende aujourd'hui à voir dans la substitution permise une libéralité assortie à une charge avec droit éventuel des appelés : Paris 6 nov. 1928, Gaz. Trib. 16—18 juin 1929.

nul ne saurait dès à présent critiquer ces actes. Mais cette faculté de disposer est limitée du fait que le grevé de substitution ne possède qu'une propriété sous condition résolutoire. Il s'en suit, que si la substitution vient à s'ouvrir par la survivance des appelés ou par toute autre cause prévue par la loi (art. 1053 C. civ.), ces actes de disposition sont nuls en principe et les biens substitués reviendront aux mains des appelés libres de toutes charges ou droits consentis par le grevé (1). L'art. 1054 du C. civ. apporte toutefois à ce principe une exception. En vertu de ce texte, la femme du grevé pourra valablement exercer son hypothèque légale sur les biens grevés de substitution, pour le montant de ses apports en mariage, dans le cas où les biens libres ne suffisent pas, et sous la condition que l'acte de libéralité aurait expressément prévu le recours. Remarquons, qu'après l'ouverture de la substitution, pour que les actes de disposition puissent être attaqués par les appelés, ceux-ci devront au préalable renoncer à la succession du grevé ou l'accepter sous bénéfice d'inventaire. En effet, les appelés ne seraient plus recevables à critiquer ces actes, s'ils avaient accepté purement et simplement ladite succession, par application des règles sur la garantie. D'autre part, les appelés, tant que la substitution n'est pas ouverte, ont sur les biens substitués un droit de propriété conditionnel, subordonné à la condition qu'ils survivent au grevé. Il résulte de là que la vente des immeubles substitués consentie par le grevé, lorsqu'elle est également consentie par les appelés maîtres de leurs droits, est valable, même si elle n'est pas intervenue

(1) En général, on admet que dans le cas de l'ouverture de la substitution pour cause de déchéance (art. 1057 C. civ.) l'effet rétroactif ne s'applique pas. La déchéance prononcée en justice est une pénalité, et, comme telle, elle ne dépouille le grevé de ses pouvoirs qu'à partir du moment où elle est intervenue (Laurent XIV 542).

dans les formes judiciaires et sans que le tuteur à la substitution l'ait autorisée (1).

Il importe donc, que les tiers soient prévenus de l'existence d'une telle situation, pour qu'ils sachent dans quelle mesure il est prudent pour eux de traiter avec le grevé. A cet effet, le Code civil a organisé un système de publicité très large qui résulte du double procédé de la transcription quant aux immeubles et de l'inscription quant aux sommes colloquées avec privilège sur des immeubles (art. 1069 C. civ.). En Alsace Lorraine l'art. 38 de la loi locale a unifié ce procédé en prescrivant toujours l'inscription des restrictions au droit de disposer découlant des legs ou donations avec charge de restitution. L'art. 40 de la même loi continue qu'à défaut de cette inscription dans le cas des articles 941 du Code civil (donations) et 1070 du même Code (substitutions), le défaut de publicité demeure réglé par ces articles.

3. — QUELS SONT LES EFFETS DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ ?

Le droit de se prévaloir du défaut de publicité n'appartient en résumé qu'à ceux qui ont acquis, sur les biens substitués, des droits à titre onéreux. Mais par ce mot « acquéreur de droit » il faut entendre non seulement les acheteurs, mais les créanciers de toute nature, hypothécaires comme chirographaires, la loi ne distinguant pas entre eux. Pour bien se rendre compte des dispositions de la loi, nous examinons successivement

(1) Amiaud V. testament N° 65 et vente d'immeubles N° 75. C'est ainsi que les auteurs comme Aubry et Rau XI p. 270 et 285, Baudry-Lacantinerie et Colin II 3344 déterminent les droits respectifs du grevé et de l'appelé en ce qui concerne l'aliénation des biens substitués ; la Cour de Cass. a sanctionné ces principes par 2 arrêts : Cass. 10 juin 1918 et 5 juin 1918. Journ. du Notariat 1918 p. 254 et 324.

le cas où la substitution résulte d'un testament et celui où elle résulte d'une donation.

a) SUBSTITUTION RÉSULTANT D'UN TESTAMENT

Dans cette hypothèse, le défaut de publicité pourrait seul être invoqué par les ayants-cause à titre onéreux du grevé. Les ayants-cause du testateur ne peuvent donc se prévaloir du défaut de publicité de la substitution, car il leur importe peu que les biens qui leur échappent par le legs même soient ou non grevés d'une substitution. Remarquons que les ayants-droit à titre gratuit du grevé sont également sacrifiés aux appelés. Toutefois, d'après certains auteurs, il faudra faire une exception pour le cas où le grevé a donné un bien substitué, que le donateur a ensuite vendu ou hypothéqué. On prétend alors, que le tiers acquéreur ou hypothécaire pourrait opposer valablement le défaut de publicité. (1) Nous ne partageons pas cette manière de voir. En effet, le donateur ne possédait qu'un droit annulable et l'art. 1070 ne saurait faire échec à ce principe fondamental que nul ne peut céder plus de droit qu'il n'a.

b) SUBSTITUTION RÉSULTANT D'UNE DONATION

Dans cette hypothèse, la situation se complique nécessairement du fait que les deux art. 941 et 1070 entrent en ligne de compte pour la publicité. Or il se peut, ou bien que les deux éléments, substitution et donation, soient publiés, ou qu'un seul soit publié, ou qu'ils ne le soient ni l'un ni l'autre. (2) La première hypothèse

(1) Demolombe XXII 544 — Planiol III 3316.

(2) La double publicité produit ses effets, celle de la donation au regard des ayants-cause du donateur et celle de la substitution au regard des ayants-cause du grevé.

mise à part, n'offrant aucune difficulté, nous envisageons successivement les deux autres cas.

a. LA DONATION SEULE A ÉTÉ PUBLIÉE

Dans ce cas, la même solution que celle donnée sous a) s'impose. En effet, la donation étant inscrite au livre foncier sera opposable aux ayants-cause du donateur dans les termes du droit commun. Par contre, seuls les ayants-cause à titre onéreux du grevé pourront invoquer le défaut de publicité.

b. LA SUBSTITUTION SEULE A ÉTÉ PUBLIÉE

C'est ici que l'interprétation des textes, notamment des art. 1070 et 1072 du C. civ., présente des difficultés qui divisent fortement la doctrine. Est-ce que le défaut de publicité de la donation et de la substitution doit être considéré séparément et obéir chacun à ses règles propres? L'importance de la question tient à ce que l'art. 941 admet à se prévaloir du défaut de publicité tous les intéressés, c'est-à-dire beaucoup plus de personnes que les art. 1070 et 1072. D'après la solution à laquelle nous nous rallierons, l'art. 1072 ne règle que l'effet de l'inscription des substitutions et laisse les donations sous l'empire de l'art. 941. C'était la solution donnée par l'art. 35 de l'ordonnance de 1747, dont l'art. 1072 n'est que la reproduction. Il s'ensuit que dans l'hypothèse que nous envisageons, tous les intéressés pourront se prévaloir du défaut de publicité conformément à l'art. 941 du C. civ. (1)

Dans tous les cas où les tiers sont fondés à se prévaloir du défaut de publicité contre le grevé, ils le pourront même si le grevé est mineur ou incapable (art.

(1) Colin et Capitant III p. 969. En sens contraire Troplong IV 2290. V. un 3e système d'après Baudry-Lacantinerie et Colin II. 337.

1074 C. civ.), sauf le recours de celui-ci contre ceux qui auraient dû faire opérer la publicité ou veiller à l'accomplissement de cette formalité. Il en résulte qu'en Alsace-Lorraine le recours pourra être exercé même contre le notaire rédacteur de l'acte de substitution conformément à l'art. 43 de la loi locale. Ajoutons encore que les substitutions contenues dans les pactes sur succession future et les testaments conclus valablement avant le 1er janvier 1925 seront maintenues en vertu de l'art. 137 de la même loi, sauf application de la législation française sur la réserve.

4. — QUEL ÉTAIT LE SYSTÈME SOUS L'EMPIRE DU B. G. B. ?

Les substitutions, à cette époque, étaient permises en principe sans limitations. Les restrictions au droit de disposer qui en résultent ne concernaient que les actes à titre gratuit du grevé, celui-ci pouvait valablement faire des actes à titre onéreux. (1) La Cour de Colmar a appliqué les §§ 2286 et 2287 B. G. B. concernant ces restrictions au cas de la substitution de residuo, disant que si l'héritier conventionnel pouvait disposer entre vifs des biens grevés de substitution, il ne pourra tout de même pas faire des donations dans l'intention de frustrer les appelés. (Arrêt de la C. de Colmar du 2 mai 1928) (2). La loi fait une exception seulement pour les libéralités qui correspondent à un devoir moral et aux convenances (2113 B. G. B.).

(1) La vente est valable même si elle déguise une donation : Arrêt. C. de Colmar 26 août 1927 ; Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1927 p. 550 ; Arrêt de la même Cour 30 avril 1931, Rev. Jur. d'Als.-Lorr. Août-Septembre 1931 N° 8—9.

(2) P. dans la Rev. Jur. d'Als.-Lorr. août 1928 No 8. (En l'espèce il s'agissait de deux époux qui se sont institués l'un l'autre seul et unique héritier, et sur ce qui restait après le décès du survivant d'eux les héritiers du mari et de la femme par moitié).

5. — QUELLE EST L'UTILITÉ DES SUBSTITUTIONS?

Les substitutions permises sont vues avec défaveur par la pratique. Leur mécanisme est lourd et les chances de procès sont grandes. Elles sont liées à la validité de la donation ou du legs qui les renferment et, par suite, à l'observation des règles qui gouvernent ces deux modes de libéralités. Remarquons que le but poursuivi par la loi qui a autorisé exceptionnellement les substitutions, peut être obtenu par un autre procédé, bien plus simple et moins dangereux ; c'est celui de la donation ou du legs de la nue propriété à l'appelé et de la jouissance au grevé. C'est aussi ce procédé qui est en général employé, et qui l'a emporté sur celui de la substitution (1).

TROISIÈME SECTION

LE DROIT DE RETOUR CONVENTIONNEL

Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés, soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants (Art. 951 du C. civ.). Cette disposition constitue une exception à la loi du 14 novembre 1792 qui a aboli les substitutions. Remarquons tout de suite que le Code civil allemand n'ayant pas prohibé les substitutions n'a par conséquent pas réglementé spécialement le droit de retour. Ce droit qui n'est autre chose qu'une condition résolutoire casuelle donne nais-

(1) Reste que la substitution seule permet de garantir l'égalité entre tous les enfants, l'autre procédé ne peut plus être employé si l'on peut croire qu'il surviendra de nouveaux enfants.

sance à des restrictions au droit de disposer importantes. L'effet du droit de retour sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur, francs et quittes de toutes charges et hypothèques conformément à l'art. 952 du C. civ. Mais cet effet ne sera opposable aux tiers que dans la mesure où le droit de retour, valablement stipulé, a été porté à leur connaissance, par une inscription au livre foncier, en application de l'art. 38 de la loi locale.

1. — COMMENT DOIT ÊTRE STIPULÉ LE DROIT DE RETOUR POUR POUVOIR PRODUIRE CET EFFET RETROACTIF ?

La stipulation du retour conventionnel n'est pas soumise à une formule sacramentelle, mais encore faut-il que le juge, pour l'admettre, trouve dans la teneur de l'acte de donation des éléments certains de nature à ne laisser aucun doute sur les intentions du donateur. Ainsi est licite et équivaut à la réserve implicite d'un droit de retour conventionnel, la stipulation d'un acte de donation-partage aux termes de laquelle le donateur se réserve l'usufruit d'un immeuble et, par une clause formelle, interdit au donataire de vendre, aliéner ou hypothéquer ledit immeuble pendant sa vie, sans son consentement et sans son concours à peine de nullité desdites aliénations ou hypothèques. En conséquence, sera nulle et ne saurait faire échec au droit de retour, l'acte par lequel le donataire a fait lui-même donation à son conjoint de l'immeuble dont il s'agit au mépris de l'interdiction stipulée. Vainement soutiendra-t-on que cette interdiction ne viserait pas le cas d'une disposition à titre gratuit faite par le donataire. Le stipulant en employant dans l'acte de donation-partage la

double expression de vendre et aliéner vise par cette dernière expression tous les modes d'aliénation, même ceux à titre gratuit (1).

L'effet de l'art. 952 n'est d'ailleurs pas opposable de plein droit à tout le monde. Nous savons déjà que le droit de retour conventionnel ne sera opposable aux droits des tiers que s'il a fait préalablement l'objet d'une inscription au livre foncier, conformément à l'art. 40 de la loi locale. Cette publication ne peut être faite qu'au profit du donateur qui seul peut se réserver le droit de retour (art. 951). En effet, la stipulation faite au profit d'une autre personne est nulle comme équivalant à une substitution prohibée par la loi (2). D'après certains auteurs, ce droit de retour réservé au profit des héritiers du donateur ou d'un tiers doit seulement être considéré comme une condition non écrite par application de l'art. 900 du C. civ. (3) Remarquons toutefois, qu'il y a lieu de rechercher dans chaque espèce l'intention du disposant, et que les tribunaux ont très souvent tendance d'annuler la disposition tout entière en vertu de la théorie de la cause (V. infra Chap. III Sect. 1).

2. — LE DROIT DU RETOUR CONVENTIONNEL SERA-T-IL OPPOSABLE A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME DU DONATAIRE ?

En principe oui. Toutefois l'art. 952 établit des conditions spéciales pour l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales. En vertu de ce texte, il faut 1° que les autres biens de l'époux donataire ne

(1) Toulouse 16 janv. 1907. Gaz. Pal. 1907.1.201. (V. un jt. en sens contraire. Bourges 8 février 1910. Gaz. Pal. 1910.2.73). V. la clause d'inaliénabilité Infra Section 9.

(2) Aubry et Rau VII § 694. Demolombe XVIII 111.

(3) En ce sens Baudry-Lacantinerie et Colin I 1507 et II 3156.

suffisent pas et 2° que la donation ait été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques. En plus pour que cette hypothèque soit opposable aux tiers, il faut qu'elle soit publiée au livre foncier conformément à l'art. 38 de la loi locale. Les articles 52 et 53 de la même loi disposent à cet effet expressément que l'inscription n'a jamais d'effet rétroactif. Si elle a été prise avant le mariage pour raison de la dot et des conventions matrimoniales, elle est valable, mais ne prend rang que du jour de la célébration du mariage. Remarquons d'ailleurs que les restrictions au droit de disposer résultant du droit de retour conventionnel ne sont pas d'ordre public. Le donateur pourra stipuler que les restrictions ne s'appliquent qu'aux actes de disposition à titre gratuit et que par conséquent le donataire pourra valablement disposer par acte à titre onéreux. Le donateur pourra également augmenter l'effet rétroactif de l'art. 952 en écartant complètement l'hypothèque légale de la femme du donataire. Tout cela s'explique du fait que le droit de retour conventionnel n'est pas de nature successorale, il peut donc faire l'objet de conventions précisant son étendue et son champ d'application. Mais sa stipulation ne dépouille pas l'ascendant donateur de la faculté d'exercer le retour légal, s'il le préfère, et lorsque les circonstances le permettant se trouvent d'ailleurs réunies (1).

3. — QUELLE EST L'UTILITÉ DU DROIT DE RETOUR CONVENTIONNEL ?

Le droit de retour conventionnel est utilisé pour éviter le passage des biens d'une famille à une autre.

---

(1) Cass. civ. 21 juillet 1901. Journ. des not. et des av. 1901 art. 27.479 p. 693.

Il est pour cette raison fréquemment employé, et nous pouvons dire qu'il est devenu de style dans les actes portant donations entre vifs par contrat de mariage ou autrement, notamment dans les actes de donation-partage faits conformément aux articles 1075 et ss. du Code civil.

QUATRIÈME SECTION

LE DROIT DE RÉMÉRÉ

Le droit de réméré ou de rachat confère au vendeur qui se le réserve la faculté de reprendre l'objet vendu moyennant la restitution du prix et de ses accessoires (art. 1659 C. civ.).

Dans le système de la loi du 23 mars 1855, le droit de réméré constitue un droit personnel susceptible d'être opposé aux tiers. La vente qui le renferme est obligatoirement transcrite et les tiers sont ainsi prévenus de l'existence du réméré.

Dans notre droit local, le droit de réméré est à ranger parmi les restrictions au droit de disposer en vertu de l'art. 38 qui l'énonce expressément. Son inscription au livre foncier a été admise par un arrêt de la Cour de Colmar en date du 8 décembre 1925 (1) qui a eté suivi par un autre arrêt de la même Cour le 22 décembre 1925 (2).

(1) Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1926 p. 439.

(2) Rev. Jur. d'Alsace-Lorraine 1926 page 430. (Cet arrêt n'admet toutefois l'inscription du droit de réméré que sous forme de prénotation).

1. — COMMENT DEVONS-NOUS STIPULER LE DROIT DE RÉMÉRÉ ?

Le droit de réméré doit être stipulé comme une condition accessoire à l'acte de vente qui le renferme. Stipulé postérieurement, ce serait en effet une promesse de revente ordinaire et non pas un droit de réméré (1). En plus il faut pour qu'il y ait vente à réméré deux conditions essentielles : 1° Un prix suffisant et 2° la transmission effective à l'acquéreur non seulement de la propriété, mais encore de la jouissance réelle de l'objet. Est nulle, comme déguisant un contrat pignoratif, la vente consentie sous réserve de rachat, alors que la vileté du prix est manifeste et que le vendeur est resté en possession de l'immeuble moyennant un fermage très élevé. En outre et conformément à l'art. 1660 du C. civ., le droit de réméré ne peut être stipulé pour un terme excédant cinq années. S'il a été stipulé pour un terme plus long, il sera réduit à cette durée par le juge. (Art. 1661 C. civ.). La déchéance qui frappe l'acheteur à l'expiration des délais légaux des art. 1660 et 1661 donne un grand intérêt à la question de savoir à quelles conditions sont soumises l'exercice du droit de réméré. Remarquons à cet effet que le droit d'user du pacte de rachat est un droit pécuniaire. Aussi le vendeur peut-il céder son droit à un tiers qui pourra l'exercer à sa place. Le droit de réméré n'étant pas, non plus, attaché à la personne peut également être exercé par les créanciers du vendeur conformément à l'art. 1166 C. civ.

---

(1) Baudry-Lacantinerie et Saignat 608. — Colin et Capitant II p. 487.

2. — QUELLES SONT LES CONDITIONS D'EXERCICE DU DROIT DE RÉMÉRÉ ?

D'après l'opinion dominante en doctrine, il ne suffit pas que le vendeur ait manifesté formellement sa volonté d'exercer le rachat ; il doit, dans le délai stipulé, verser effectivement le prix, ou, tout au moins, faire des offres réelles à ce sujet (1). D'abord la Cour de Cassation n'était pas si exigeante. Elle avait décidé qu'il suffirait que le vendeur fasse des propositions de remboursement sérieuses dans le délai et il ne saurait alors être déchu de son droit (2). Les tribunaux étaient donc appelés d'examiner souverainement, quelles étaient les ressources pécuniaires du vendeur et ses intentions pour voir si les propositions étaient sérieuses ; examen qui était très délicat et difficile à faire. De là, la Cour de cassation est quelque peu revenue sur sa jurisprudence antérieure. Elle a décidé que le vendeur à réméré, pour consommer l'exercice de son droit, doit remplir la condition indispensable de la restitution et du remboursement exigés par les art. 1659 et 1673 § 1 C. civ., et que, tant que le remboursement n'a pas eu lieu, la vente n'est pas résolue (3). Citons, comme exemple, un arrêt récent de la Cour de Montpellier du 17 décembre 1931, ainsi conçu : « Il résulte de la définition donnée par l'art. 1659 C. civ. que la condition résolutoire à la réalisation de laquelle est subordonnée la vente à réméré consiste dans le remboursement du prix et des accessoires et non dans une simple promesse de remboursement. Ce remboursement doit être fait dans

(1) Baudry-Lacantinerie et Saignat N° 616 ; Planiol N° 1583.
(2) Req. 14 janvier 1873. S. 73.1.134.
(3) Req. 19 octobre 1904. S. 09.1.307.

le délai de rigueur fixé par les art. 1660 et 1661 qui ne peut être prolongé par le juge. Les termes impératifs de ces articles ne paraissent pas permettre de leur donner une autre interprétation ». En conséquence, la vente n'est résolue que par le remboursement effectif opéré dans le délai de la loi ou par un acte que la loi considère comme équivalent au paiement, tel que la consignation précédée d'offres réelles (1).

3. — QUELS SONT LES EFFETS DU DROIT DE RÉMÉRÉ?

Entre la vente consentie sous réméré et le rachat le vendeur est propriétaire de l'immeuble sous condition résolutoire (2). En conséquence, l'acquéreur est propriétaire de l'immeuble sous condition suspensive et il pourra en disposer, sauf résolution de son droit par suite de l'exercice du réméré par le vendeur. Si ce dernier ne l'exerce pas, dans le délai convenu, le droit de propriété de l'acquéreur devient définitif ; dans le cas contraire, la propriété est résolue avec effet rétroactif au jour de l'inscription du droit de réméré, vis-à-vis des tiers. Les aliénations, hypothèques ou autres droits réels consentis par l'acquéreur sont anéantis à partir de ce jour. Seuls les baux faits sans fraude doivent être respectés par le vendeur. Le vendeur également ne pourra valablement ni aliéner ni hypothéquer l'immeuble vendu avant l'exercice du retrait, tout au plus la vente qu'il aurait pu faire, pourrait-elle valoir comme cession de son droit de réméré (3). Il faut donc que l'acquéreur

(1) Montpellier 17 décembre 1931. Journ. des not. et des av. 20 avril 32 p. 371 et une note de M. le doyen Guénée.

(2) En ce sens: Troplong II 469. D'après Pothier I 387 le vendeur n'a qu'un simple droit de créance.

(3) En ce sens : Grenoble, 17 février 1849, D. 51, 2, 235. — Nîmes 18 décembre 1849, D. 52, 2, 122.

consente à la vente pour que le tiers soit à l'abri de toute action ultérieure. A cet effet ce tiers est suffisamment renseigné, car l'art. 38 f de la loi locale prescrit l'inscription au livre foncier du droit de réméré.

Remarquons que sous l'empire du B. G. B. l'effet de la condition résolutoire, attribué par la loi française à la vente sous réméré, n'existait pas. Le Code civil allemand connaît bien le droit de réméré (Wiederkauf) et il expose les règles à ce sujet dans ses §§ 497 à 503 (1), mais dans le cas de l'exercice de ce droit par le vendeur, l'acquéreur est simplement obligé d'éteindre les droits consentis par lui au profit des tiers.

4. — QUELLE EST L'UTILITÉ PRATIQUE DU RÉMÉRÉ ?

Le droit de réméré est en général réservé par des personnes ayant besoin d'argent et qui vendent leur immeuble avec l'espoir de le reprendre plus tard. C'est un procédé qui, comme nous l'avons vu, est très dangereux et surtout très coûteux, à raison des droits d'enregistrement qui grèvent actuellement lourdement les mutations immobilières. Aussi les propriétaires d'immeubles ayant besoin d'argent préfèrent-ils recourir à un autre procédé plus simple et moins onéreux qui est celui du prêt sur hypothèque. L'utilité et les avantages du réméré ont d'ailleurs été appréciés diversement chez les auteurs. Certains le jugent préférable à l'emprunt hypothéquaire (2), d'autres, au contraire, le considèrent comme un mauvais instrument de crédit et estiment qu'il n'a plus guère de raison d'être de nos jours (3).

(1) La faculté de rachat est, comme en droit français, un droit personnel. Elle ne peut donc être inscrite au registre foncier (Motifs III p. 441).

(2) Baudry-Lacantinerie et Saignat 606.

(3) Planiol, II, 1573.

CINQUIÈME SECTION

LA CONVENTION D'INDIVISION

La convention d'indivision fait exception au principe général formulé par l'article 815[1] du C. civil ainsi conçu : Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut être toujours provoqué nonobstant prohibitions et conventions contraires. Mais l'article 815[2] continue ainsi : On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité. Cette convention ne peut être obligatoire au delà de 5 ans sauf renouvellement. Quand cette convention a été faite pour une durée supérieure à 5 ans, elle n'est pas nulle, elle est simplement réductible à la durée légale (1).

1. — QUAND EMPLOIE-T-ON LA CONVENTION D'INDIVISION ?

La convention d'indivision est utilisée souvent dans les successions où il y a des enfants mineurs intéressés. Elle permet alors de retarder la date du partage jusqu'à l'âge de la majorité de tous les enfants, ce qui évitera la procédure d'un partage judiciaire. Les formes du partage judiciaire sont très onéreuses surtout dans le droit des autres départements. En Alsace-Lorraine, au contraire, la loi locale en a beaucoup simplifié ces formalités dans ses articles 220 à 242. Remarquons, que la convention d'indivision s'applique non seulement aux successions, mais aux indivisions en général telles que communautés conjugales, sociétés jouissant de la personnalité civile et autres.

(1) En ce sens, Lyon, 25 août 1875, D 76, 2, 68, trib. Seine 10 mars 1909 D. 1910. 2. 143.

2. — CETTE CONVENTION EST-ELLE TOUJOURS VALABLE ?

En principe, oui, pour les indivisions stipulées par convention pour une durée qui ne dépasse pas cinq ans. (1) Ainsi, aucun doute n'existe, pour la clause d'indivision stipulée dans le partage d'ascendant fait par une donation entre vifs, la donation étant un contrat auquel l'art. 815 s'applique (2). Mais un testateur pourra-t-il insérer pareille clause dans son testament? La doctrine et la jurisprudence sont divisées à ce sujet. D'après une première opinion qui paraît conforme au texte et à l'esprit de l'art. 815, le testateur ne peut prohiber le partage entre ses légataires ou ses héritiers ni le suspendre pendant un délai de cinq ans. En effet, l'exception visée par ledit article, paragraphe 2, ne parle que de *convention* permise entre héritiers. (3) Au contraire, d'après une seconde opinion, la condition d'indivision imposée par un testateur ne serait nulle que si elle excédait cinq années. (4) La jurisprudence est partagée entre ces deux systèmes. Dans les sens du premier, auquel nous nous rallierons, nous pouvons citer un arrêt du tribunal de Metz du 3 juillet 1855. (5) En effet, c'est là la seule solution qui peut être justifiée par le texte.

3. — LA CONVENTION D'INDIVISION VALABLEMENT STIPULÉE A-T-ELLE POUR EFFET UN EMPÊCHEMENT AU DROIT DE DISPOSER ?

N'est-elle pas plutôt un simple mode de gestion qui ne contredit pas l'aliénation d'une part indivise? Dans

(1) On considère comme nulle une convention d'indivision faite pour une durée indéfinie. En ce sens Beaune 9 déc. 1858. D. 59 3. 69.

(2) Laurent X 238 — Trib. Seine 6 juillet 1849. D. 49. 3. 76.

(3) Laurent X. 243. — Planiol III 2328.

(4) Demolombe III. 511.

(5) D. 56. 2. 204.

le premier cas seulement, la convention serait une véritable restriction au droit de disposer susceptible d'être inscrite au livre foncier par application de l'art. 38 de la loi locale. Dans le second cas, au contraire, ce ne serait qu'un simple acte d'administration. On peut douter, étant donné l'effet purement déclaratif et non attributif de propriété qu'attache au partage l'article 883 du code civil.

La question s'est posée au Tribunal cantonal de Strasbourg qui, le 5 novembre 1927, a décidé que la convention d'indivision n'était qu'un simple acte d'administration et, par conséquent, non susceptible d'inscription au livre foncier. Sa décision a été confirmée par le Tribunal Civil de Strasbourg en date du 19 décembre 1928. (1) Un pourvoi a été présenté par le notaire, rédacteur de la convention, à la Cour de Colmar qui, le 30 septembre 1929, a infirmé les décisions susdites. Elle a arrêté que le juge du livre foncier devra procéder à l'inscription de la restriction au droit de disposer, qui résulte de l'acte portant convention d'indivision. La jurisprudence est donc fixée à ce sujet. En effet, tout partage est un acte de disposition. Il détermine même la constitution d'un privilège immobilier redoutable pour les tiers (Art. 2103, 2109 du C. civ.) au profit des co-partageants créanciers d'une soulte ou d'un prix de licitation. D'où il suit qu'une convention suspensive de partage porte atteinte au droit de disposition qui s'exercerait notamment sur les immeubles faisant partie de l'indivision, et pareille clause constitue une restriction au droit de disposer en vertu de l'art 38. Cette restriction est à publier au livre foncier confor-

(1) Bulletin des Notaires de la Cour de Colmar, avril-juin 1930 Nos 4-6.

mément au vœu du législateur de 1924, qui, en laissant subsister en Alsace-Lorraine le système du livre foncier, a voulu instituer un organe de publicité susceptible de donner à tout intéressé, de chaque immeuble inscrit, un tableau aussi exact que possible de sa véritable situation de fait et de droit. (Arrêt Colmar 30 sept. 1929). (1)

4. — QUEL ÉTAIT LE SYSTÈME SOUS L'EMPIRE DU B. G. B.?

Sous l'empire du Code civil allemand, les conventions d'indivision étaient permises sans limitation de durée. Ainsi, l'art 1010 du B. G. B autorise les copropriétaires d'un fonds d'exclure pour toujours le droit d'exiger la cessation de l'indivision. Toutefois la disposition prise n'a d'effet contre le successeur particulier d'un copropriétaire que si elle a été inscrite au livre foncier. De même, le de cujus peut exclure, par disposition de dernière volonté, la liquidation relativement à la masse héréditaire ou à certains objets de la masse conformément au § 2044 B. G. B. Cette disposition cesse d'avoir effet lorsque trente années se sont écoulées depuis la dévolution de la succession. Enfin, dans le cas de l'appel des créanciers de la masse (Aufgebotsverfahren), le § 2045 du même code dit que chaque cohéritier peut exiger que la liquidation soit reculée jusqu'à la fin de la procédure de publications autorisée par le § 1970 ou jusqu'à l'expiration du délai de production fixé au § 2061.

---

(1) Bulletin des Notaires de la Cour de Colmar, juillet-septembre 1930 Nos 7-9 et Rev. Jur. d'Als.-Lorr., janvier-février 1931 Nos 1-2, avec une note de Me Degand.

SIXIÈME SECTION

LE DROIT DE PRÉFÉRENCE D'ACQUISITION (1) OU DROIT DE PRÉEMPTION

Le pacte de préférence d'acquisition est une convention par laquelle le propriétaire d'une chose s'engage pour le cas où il se déciderait à aliéner cette chose, à préférer, à prix égal, une personne à toute autre.

1. — QUELS SONT LES CARACTÈRES DE CE PACTE DE PRÉFÉRENCE D'ACQUISITION ?

Ce pacte diffère de la promesse de vente ordinaire en ce qu'il n'indique pas le prix auquel le promettant s'engage à vendre ; cependant ce prix sera celui qui sera offert par une autre personne. (2) Le pacte de préférence n'est pas non plus une vente, puisque le consentement de l'acheteur ne peut exister que si le vendeur lui offre la chose, or le vendeur reste toujours libre de ne pas aliéner la chose. (3) Le pacte de préférence d'acquisition a plutôt le caractère d'une promesse conditionnelle de vente, le promettant n'étant tenu de vendre à son bénéficiaire que « s'il cherche à vendre ». Il permet alors au bénéficiaire d'obtenir communication des conditions du contrat de vente acceptées par le tiers acquéreur. A cet effet, il y a lieu de remarquer qu'il serait préférable de préciser exactement cette faculté. Nous conseillons donc aux rédacteurs d'un pareil

(1) Brétillard : Les pactes de préférence, thèse de Paris 1929.

(2) Baudry-Lacantinerie et Saignat No 71. Cette condition que le prix est déterminable est de l'essence même du pacte. Sans cette condition le pacte serait nul.

(3) Il est même admis par les auteurs que le promettant est libre de donner ou d'échanger la chose ; le pacte ne doit jouer que pour le cas de vente. Cf. Baudry-Lacantinerie et Saignat No 72.

pacte d'obliger le promettant à notifier au bénéficiaire, par acte extra-judiciaire ou par lettre recommandée, les conditions de l'offre qui lui est faite, en prévoyant un délai déterminé pour l'acceptation. Le pacte de préférence ne prive d'ailleurs pas le promettant de la faculté de mettre le bien en vente aux enchères publiques. Mais dans ce cas, on devrait régler autrement la notification à faire au bénéficiaire. Il suffirait, suivant nous, que sommation lui fût faite, dans un délai minimum, antérieurement à la mise en vente, de prendre connaissance du cahier des charges et d'assister à l'adjudication, pour que celle-ci entraîne la purge du droit de préemption. Toutefois un arrêt de la Cour de Nancy du 31 octobre 1928 a jugé que la notification faite antérieurement à l'adjudication n'avait pu faire courir contre le bénéficiaire le délai dans lequel il devait exercer son droit et que ce droit pouvait s'exercer dans le mois qui suivait l'adjudication. (1) Citons un cas où l'exercice du droit de préemption est toutefois exclu : c'est celui d'une vente forcée de biens ennemis poursuivie par le liquidateur séquestre en sa qualité de représentant de l'État.

2. — EST-CE QUE LE PACTE DE PRÉFÉRENCE OU DROIT DE PRÉEMPTION TOMBE SOUS LE COUP DE L'ARTICLE 38 ?

La Cour de Colmar a admis l'inscription du droit de préemption dans un arrêt du 8 juin 1926, qui a infirmé le jugement du Tribunal de Saverne qui était en sens contraire (2). La solution formulée par la Cour constitue l'une des premières applications de l'art. 38. Elle

(1) Journ. des Not. et des Avoc. 5 mai 1931 p. 346 et note de M. Lemaitre.

(2) Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1926 No 9-10 page 441. Avec une note de Me Degand.

a été confirmée trois ans après par un arrêt de la même Cour du 30 septembre 1929, de sorte que la jurisprudence peut être considérée comme définitivement fixée (1) : Ces arrêts ont admis l'inscription du droit de préemption au livre foncier en autorisant toutefois le juge craignant employer le mot « préemption » à choisir une expression usitée en droit français pour ce genre spécial de droit personnel, comme par exemple « pacte de préférence d'acquisition ». En effet le droit de préemption, qui d'ailleurs n'est pas constitutif de droit réel, est néanmoins susceptible de limiter les droits du promettant dans ses actes de disposition. Ce dernier ne pourra valablement aliéner la chose avant que le tiers bénéficiaire de la promesse ait obtenu communication des conditions de la vente et consenti à celle-ci. Ainsi le pacte de préférence n'est qu'une forme particulière de la promesse unilatérale de vente que les tiers ont intérêt de connaître par une inscription au livre foncier. La jurisprudence locale, en réputant sujet à inscription le droit résultant d'une pareille promesse, n'a fait que suivre une directive que lui traçait la circulaire ministérielle du 29 novembre 1924, qui s'exprime comme suit : Il résulte de l'article 38 de la loi du 1er juin 1924, que la promesse de vente doit être inscrite au livre foncier et que l'inscription la rend opposable aux tiers. Cela diminue beaucoup l'intérêt pratique de la suppression du droit de préemption en tant que droit réel (2).

3. — QUELS SONT LES EFFETS DU PACTE DE PRÉFÉRENCE INSCRIT ?

Tant que la vente n'est pas réalisée par l'accord des deux parties, le promettant reste propriétaire de l'im-

(1) Rev. Jur. d'Als.-Lorr. janvier-févr. 1931 No 1-2.
(2) En ce sens Rép. Niboyet et Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1926 p. 441.

meuble. Il conserve donc les risques et peut en principe aliéner la chose. Seulement cette aliénation ne sera valable, si le bénéficiaire de la promesse dûment inscrite, déclarait vouloir acquérir lui-même la chose. Dans le système de la législation des autres départements, le promettant ne pourra opposer son droit même transcrit, aux tiers acquéreurs (1). Mais cette jurisprudence tend toutefois à rejoindre la législation locale actuelle, en ce sens qu'elle impose aux tiers acquéreurs de mauvaise foi, l'obligation de restituer la chose acquise par eux, en fraude du bénéficiaire du pacte (2). Cependant si ce bénéficiaire laisse passer un temps trop long, sans manifester sa volonté, les Tribunaux peuvent apprécier en fait, s'il a renoncé ou non à invoquer le bénéfice de son droit.

4. — DES DROITS DE PRÉEMPTION LEGAUX.

La législation actuelle connaît différents cas particuliers de droits de préemption légaux. L'art. 6 de la loi du 5 décembre 1925, sur les habitations à bon marché, donne aux offices publics un droit de préemption sur les maisons ou terrains dont ils ont facilité la construction ou l'achat. Ce droit est limité à dix ans. Il est même illimité lorsqu'il s'agit d'immeuble compris dans une cité-jardin. La loi Loucheur du 13 juillet 1928 décide : Les maisons construites ou acquises avec le bénéfice des subventions accordées par l'Etat ne peuvent être cédées pendant 25 années, qu'à des personnes remplissant les conditions de l'art. 11 de la loi, agréées par le comité de patronage. L'art. 60 de la loi du 3 mai

(1) Un arrêt ancien de Riom du 3 juin 1843 (D. 45. 2. 58.) a toutefois admis que la violation du pacte donnait lieu à une action réelle contre l'acquéreur.

(2) Req. 15 avril 1902 D. 1903. 1. 38.

1841, modifiée par la loi du 6 novembre 1918, confère au propriétaire d'immeubles expropriés pour cause d'utilité publique un droit de préemption sur les terrains acquis destinés à des travaux d'utilité publique et qui ne recoivent pas cette destination. Ces droits de préemption légaux ne sont pas assujettis à une inscription par l'article 38 qui ne les énumère pas. Il est néanmoins utile de les publier, et les notaires devront y procéder toutes les fois qu'ils résultent d'actes dressés par devant eux (1).

Remarquons que dans le système du B. G. B. le droit de préemption est connu sous le nom de « Vorkaufsrecht ». Il constitue d'après cette législation un droit réel qui doit obligatoirement être inscrit au livre foncier (2).

SEPTIÈME SECTION

L'ALIÉNATION SOUS CONDITION SUSPENSIVE OU RÉSOLUTOIRE

La propriété immobilière peut être aliénée purement et simplement ou sous condition suspensive ou résolutoire. La condition suspensive est celle à la réalisation de laquelle est subordonnée la naissance d'un droit. La condition résolutoire est celle à la réalisation de laquelle est subordonnée la résolution d'un droit (art. 1181 à 1184 C. civil). Il en résulte que si la propriété est transmise sous condition, il existe toujours et nécessairement, en face l'un de l'autre deux propriétaires, l'un sous condition suspensive, et l'autre sous condition

(1) V. rapport de Me Bockel notaire à Thann, paru au Bulletin des Notaires de la Cour de Colmar, janv.-févr. 1929 No 1-2.

(2) V. arrêt C. de Colmar chambre dét. de Metz du 23 janv. 1931 Rev. Jur. d'Als.-Lorr. Nov. 1931 No 11.

résolutoire. En effet, l'aliénateur reste propriétaire, mais sa propriété sera résolue si la condition suspensive vient à se réaliser et ce même évènement qui est pour l'aliénateur une condition résolutoire sera pour l'acquéreur une condition suspensive. De là, il résulte des restrictions au droit de disposer importantes, que l'art. 38 assujettit à inscription au livre foncier sur l'immeuble qui en fait l'objet. Mais cette inscription sera effectuée seulement dans la mesure où le droit français admet la validité de la condition susceptible de restreindre le droit de disposer du propriétaire (1).

1. — QUELQUES EXEMPLES D'APPLICATION PRATIQUE

La clause qui confère à une personne le droit à la rétrocession de l'immeuble par elle cédé doit être considérée comme valable et constitue une restriction au droit de disposer à l'encontre de l'acquéreur. Son inscription est possible depuis le 1er janvier 1925 en vertu de l'art. 38 f) de la loi locale (2).

Il en est de même des promesses de vente et pactes de préférence d'acquisition et ce, à la différence de la législation civile des autres départements.

En ce qui concerne la clause d'accroissement ou de réversibilité, la Cour de Colmar a admis son inscription dans un arrêt du 10 décembre 1929 (3). Il s'agissait en l'espèce d'une vente d'immeuble faite à trois personnes sous la condition que les deux premières mourantes

(1) En ce qui concerne le critère de la validité de la condition V. infra Chap. III Sect. 1.

(2) Cour de Colmar, 21 août 1925 Rev. Jur. d'Als.-Lorr. Sept.-oct. 1926 p. 434 (affaire Hammann—Marzolf).

(3) Bulletin des Notaires de la Cour de Colmar, juil-sept. 1930 No 7-9 avec une note de M. Nast. Et Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1931 No 1-2 avec note de Me Degand.

seront considérées comme n'ayant jamais eu aucun droit à la propriété de l'immeuble acquis, et que cette propriété devra résider sur la tête de la survivante d'elles. L'immeuble acquis devra passer avec tous les droits qui pourraient en dépendre au dernier survivant des acquéreurs ; aucun d'eux ne pourra en disposer particulièrement sans le concours des autres, et les héritiers et ayants-droit de chacun d'eux ne pourront rien prétendre à l'immeuble acquis. En conséquence, le survivant des acquéreurs devait être considéré comme unique et incommutable propriétaire de la totalité de l'immeuble, comme s'il l'eut toujours possédé. La validité de cette clause avait été mise en doute par le juge du livre foncier qui la considérait comme illégale. En effet, la dite clause semblait, d'une part, créer une indivision viagère contraire aux principes résultant des art. 815 et 2205 du code civil ; d'autre part, cette clause pouvait être interprétée comme un pacte sur succession future nul en vertu des articles 791, 1130 et 1600 du C. civil. La Cour de Colmar a toutefois validé en l'espèce l'inscription de la clause d'accroissement parce que le notaire rédacteur de l'acte, l'avait confectionné de manière à lui donner la forme conditionnelle. Elle était stipulée, en effet, de telle sorte, que la propriété de tout l'immeuble était censée avoir appartenue exclusivement dès le jour de l'acquisition au dernier survivant des acquéreurs. Chacun des deux prémourants était par conséquent considéré comme n'ayant jamais été, même pour partie, propriétaire de l'immeuble. Cette manière de voir a été confirmée par un autre arrêt de la Cour de Colmar en date du 25 septembre 1931 de sorte que la jurisprudence peut être considérée comme fixée à ce sujet (1).

(1) C. de Colmar 25 sept. 1931 Bulletin des not. de la C. de Colmar mai-sept. 1932 p. 68 (Aff. Schmidt).

La clause d'accroissement pourra-t-elle faire l'objet d'une convention valable entre deux époux ?

Il faut répondre par la négative. En effet, cette clause aurait pour but de créer des biens inaliénables par rapport à la femme et au mari, ce qui est contraire à l'article 1395 du Code civil. Ce texte défend, après la célébration du mariage, tout changement aux conventions matrimoniales des époux. Remarquons qu'une clause d'inaliénabilité pourra faire l'objet d'une donation ou d'un legs fait à une femme mariée sous le régime dotal de tous les biens présents et à venir, auquel cas les biens donnés ou légués deviendront inaliénables mais non pas à cause de la condition de la donation ou du legs, mais en vertu du contrat de mariage stipulant le régime dotal adopté par les époux (1). (V. infra 9me section).

2. — QUEL EST L'EFFET DE L'AVÈNEMENT DE LA CONDITION RÉSOLUTOIRE OU SUSPENSIVE INSCRITE PAR APPLICATION DE L'ARTICLE 38 f) ?

Au point de vue de l'effet, il n'y a aucun intérêt de distinguer entre les deux conditions résolutoire ou suspensive, les deux opèrent rétroactivement. L'avènement de la condition suspensive oblige les parties à se reporter pour déterminer leur situation respective au jour où le contrat conditionnel est intervenu ; l'avènement de la condition résolutoire oblige à considérer le contrat comme n'ayant jamais eu lieu et à rétablir par tous les moyens appropriés la situation originaire des contractants. En conséquence, l'acheteur sous condition suspensive qui a disposé de la chose a fait un acte valable et le tiers aquéreur lui-même se trouve, du fait de

(1) Caen 18 décembre 1849. S. 50.2.497.

l'avènement de la condition, avoir été propriétaire dès le jour de la vente consentie à son profit. Le vendeur sous condition résolutoire a pu vendre la chose acquise ou constituer un droit réel sur cette chose au profit d'un tiers ; mais, quand la condition vient à se réaliser, ces actes de disposition ne sont pas seulement anéantis pour l'avenir, ils sont réputés n'avoir jamais pris naissance (1). Les conventions accessoires à l'acte principal, de même que les actes juridiques pouvant en dépendre tombent avec lui (2). Les choses doivent être remises dans le même état que si la vente n'avait pas eu lieu (3).

Les premiers commentateurs du C. civil ont motivé cet effet rétroactif par des considérations d'équité ou d'utilité pratique. Cependant le principe de l'art. 1183 du C. civ. est devenu l'objet des plus vives critiques de la part de la doctrine actuelle qui la considère comme une pure fiction très dangereuse au point de vue économique (4). En réalité, le système de la fiction est insuffisant pour établir à lui seul le fondement juridique de la règle qui est édictée par la loi impérative en l'absence de convention contraire des parties (5). Toutefois dans nos trois départements ces objections tombent en vertu de l'art. 40 de la loi locale. Ce texte dispose que l'effet rétroactif n'est opposable aux tiers que si le droit à la résolution est inscrit au livre foncier conformément à l'art. 38 de ladite loi. En effet toute clause

(1) V. arrêt de la C. Colmar Ch. civ. 6 janv. 1932 Bulletin des Notaires mai-sept. 1932 p. 54.

(2) Req. 13 juillet 1874 D. 76. 1.121.

(3) Notons qu'en droit fiscal l'effet rétroactif ne permet pas à l'acquéreur de se faire rembourser les droits d'enregistrement. V. art. 238 du C. de l'enregistrement.

(4) V. sur le principe de la fiction : Demolombe XXV N° 398.

(5) Colin et Capitant II p. 165.

ou condition qui confère à une personne un droit à la résolution d'une aliénation doit être considérée comme une restriction au droit de disposer. Sous l'empire de l'ancienne législation locale, une telle restriction n'aurait pu être inscrite que sous la forme d'une prénotation, mais, depuis le 1er janvier 1925, son inscription définitive est possible en vertu de l'art. 38 f de la loi du 1er juin 1924, sans qu'il soit besoin de recourir à la prénotation, qui n'est en somme qu'un moyen d'inscription provisoire (1). (V. infra Chap. III sect. 2. infine).

3. — COMMENT S'ACCOMPLIT LA CONDITION RÉSOLUTOIRE ?

L'article 1183 du code civil pose en principe que lorsque la condition résolutoire s'accomplit, elle opère la révocation de l'obligation et remet les choses en même état que si l'obligation n'avait pas existé. La condition résolutoire expresse, produit donc son effet de plein droit et sans qu'il soit besoin de faire prononcer la résolution par les tribunaux (2). Il peut arriver, toutefois, qu'il y ait lieu de recourir aux tribunaux quand la contestation porte sur le point de savoir si la condition est ou non accomplie. La mission des juges consiste alors en une simple vérification d'un fait, et leur décision est déclarative de la résolution (3). Il peut encore avoir lieu à recours aux tribunaux quand la partie au profit de laquelle s'est opérée la résolution n'a pas de titre exécutoire et qu'elle se heurte à une résistance de la part de celui qui détient la chose. Mais si le contrat

(1) V. les termes de l'arrêt de la C. de Colmar du 31 août 1925. Rev. Jur. d'Als.-Lorr. Sept.-Oct. 1926 p. 434.

(2) Demolombe II N° 472. Laurent XVII N° 114 Aubry et Rau IV § 302.

(3) Demolombe II N° 474.

a été fait par acte authentique, le vendeur peut, une fois la condition accomplie, faire commandement à l'acquéreur de lui remettre l'immeuble en offrant de restituer le prix. Remarquons que la résolution peut être invoquée par l'aliénateur ou par ses héritiers ou ayants-cause. Elle peut être opposée, non seulement à l'acquéreur et à ses héritiers ou ayants-cause, mais même à l'encontre des tiers auxquels cet acquéreur aurait consenti des droits réels sur la chose. Il n'est pas nécessaire qu'une inscription hypothécaire ait été prise à cet effet, mais tandis que dans la législation d'outre-Vosges la résolution contre les tiers résulte du contrat lui-même, dans le droit local au contraire elle ne produira cet effet que si le droit à la résolution avait été inscrit au préalable sur le livre foncier.

HUITIÈME SECTION

LA CONSTITUTION D'UN BIEN DE FAMILLE INALIÉNABLE

La constitution d'un bien de famille a été admise en France par la loi du 12 Juillet 1909 (1). Son but est de créer et de maintenir par suite des restrictions au droit de disposer qu'elle comporte, au profit des petits travailleurs le foyer familial et d'enrayer également l'exode de plus en plus accentuée des populations laborieuses vers les grandes villes. La loi de 1909 n'a d'ailleurs pas obtenu en pratique le résultat qu'on attendait d'elle. C'est pour celà que le législateur est intervenu à deux

(1) Sur la loi de 1909 V. Garsonnet et Cézar-Bru No s 100 Ss. et les thèses de MM. Arène, Chenevaz, Martin, Osmont et Vattier. Un décret du 26 Mars 1910 en a réglé les détails d'application.

reprises pour étendre son champ d'application. Une loi du 14 mars 1928 a porté à 40.000 frs la valeur maxima du bien de famille précédemment fixée à 8.000 frs (1), et la loi du 22 février 1931 a étendu aux artisans le bénéfice du bien de famille insaisissable. Cette dernière loi présente cette particularité que l'insaisissabilité qui s'étend au matériel et à l'outillage de l'artisan frappe désormais les objets qui n'ont souvent qu'un caractère purement mobilier. Notons également la loi du 31 mars 1931 qui dispense dans un article 18 de la taxe successorale et des droits de mutation par décès, les immeubles susceptibles de constituer un bien de famille artisanal ou agricole, s'ils sont échus à des descendants en ligne directe et si les héritiers s'engagent à continuer la même exploitation pendant cinq ans.

La loi locale de 1924 dans son article premier 2° e), a énuméré expressément comme introduite en matière de propriété, les lois des 12 juillet 1909 et 8 avril 1910 article 13 sur la constitution d'un bien de famille insaisissable.

1. — QUELS SONT LES EFFETS DE CETTE CONSTITUTION ?

Le plus important des effets résultant de cette constitution c'est de rendre le bien de famille insaisissable. Le propriétaire ne peut non plus l'hypothéquer, ni le vendre à réméré et l'aliénation est soumise à certaines conditions. Mais toutes ces restrictions au droit de disposer ne s'appliquent que lorsque le bien de famille a été constitué et publié conformément à la loi de 1909 et à l'art. 38 de la loi locale. Notons qu'à cet effet la constitution est faite par le mari sur ses biens personnels ou sur ceux de la communauté ou avec le consentement

(1) Une plus-value ultérieure reste sans influence sur la validité.

de la femme sur les biens de celle-ci. Elle est reçue pardevant notaire et peut résulter d'un testament ou d'une donation. L'acte de constitution sera ensuite publié par affichage au Tribunal cantonal et à la mairie de la commune où le bien de famille est situé, et un avis est inséré dans un journal départemental recevant les annonces légales. L'homologation par le juge de paix de l'acte de constitution est donnée en Alsace-Lorraine par le juge cantonal et la transcription de ce même acte prescrite par l'article 9 est remplacée par l'inscription au livre foncier d'une restriction au droit de disposer. Cette inscription doit d'ailleurs être faite dans le mois qui suivra l'homologation de l'acte portant constitution de bien de famille et ce sous peine de nullité. C'est seulement à partir de cette inscription que le bien de famille est opposable aux tiers, même en cas de faillite ou liquidation judiciaire et il n'est fait exception à ce principe qu'en faveur des créanciers antérieurs qui se sont conformés aux dispositions des articles 5 à 7 de la loi de 1909. (1)

Un autre effet très curieux du régime de la constitution d'un bien de famille est de permettre l'indivision de ce bien. S'il existe, dit l'article 18, des mineurs au moment du décès de l'époux propriétaire du bien de famille, le juge de paix peut, soit à la requête du conjoint survivant, du tuteur ou d'un enfant majeur, soit à la demande du conseil de famille, ordonner la prolongation de l'indivision jusqu'à la majorité du plus jeune enfant. Et enfin, le survivant des époux, s'il est copropriétaire du bien et s'il habite la maison, a la faculté

(1) Pour les fruits l'art. 10 indique 3 catégories de dettes pour lesquelles l'insaisissabilité est écartée : 1° Dettes résultant de condamnations en matière pénale (amende, frais, dommages et intérêts) ; 2° Impôts et primes d'assurance afférents au bien, et 3° dettes alimentaires.

de réclamer, à l'exclusion des héritiers, l'attribution intégrale du bien de famille sur estimation.

Les effets attachés à la constitution d'un bien de famille ne sont, en principe, pas d'ordre public. Le propriétaire peut aliéner tout ou partie du bien de famille et même renoncer à sa constitution. En effet, l'aliénation peut devenir nécessaire pour nourrir la famille ou pour permettre à son chef attaché à quelque industrie de suivre le déplacement de cette industrie. Elle peut être, d'autre part, profitable pour réaliser une plus-value acquise par le bien de famille.

NEUVIÈME SECTION

LA STIPULATION D'INALIÉNABILITÉ

Nous avons exposé ci-dessus des hypothèses de simples restrictions au droit de disposer conventionnelles. Faut-il aller plus loin et admettre comme valable la clause ou stipulation qui frappe un immeuble d'inaliénabilité complète? Cette stipulation restreint le droit de disposer du propriétaire de l'immeuble et nous ne saurions même concevoir une restriction plus complète, puisqu'elle vise à supprimer radicalement ce droit. Par conséquent, dans la mesure où le droit français admet la validité de la stipulation d'inaliénabilité, la restriction au droit de disposer conventionnelle sera susceptible d'être inscrite au livre foncier par application de l'art. 38 de la loi locale. (1)

1. — QUEL EST LE CRITÈRE DE CETTE VALIDITÉ?

Sous l'empire du B. G. B., la question ne se posait pas, la clause d'inaliénabilité conventionnelle était nulle

(1) Planiol-Ripert III, No 225 note 10.

comme contraire à la libre circulation des biens. (V. § 137 B. G. B.). Le droit français semble donner à première vue la même solution. Il résulte, d'une part, de l'art. 544 du C. civ. que le droit de disposer constitue un attribut inséparable de la propriété immobilière. D'autre part, l'art. 1598 du même Code considère comme aliénable tout ce qui est dans le commerce. Enfin, les inconvénients économiques de l'indisponibilité ont déterminé le législateur en droit administratif à réprimer les biens de mainmorte. Nous sommes donc obligés de croire que le propriétaire d'un immeuble ne peut rendre son bien inaliénable par convention et que toutes stipulations en ce sens seraient nulles d'une nullité d'ordre public. (1) Pourtant il existe dans notre législation des exemples classiques de pareilles inaliénabilités découlant d'actes juridiques. Nous avons vu qu'il en est ainsi de la clause de substitution (V. supra Sect. 2) et de la stipulation d'un bien de famille (V. supra Sect. 8), nous allons voir qu'il en est de même de l'adoption du régime dotal qui engendre pour les biens dotaux de la femme une inaliénabilité à peu près complète et de l'institution contractuelle qui empêchera le donateur de disposer à titre gratuit au préjudice du donataire (V. infra Chap. III Sect. 5). Enfin nous pouvons encore citer, pour mémoire, l'institution des majorats, créée par Napoléon Ier (art. 896 C. civ.), mais qui a été supprimée par la loi des 17 janvier, 30 avril et 7 mai 1849. Ces cas sont trop nombreux pour que nous puissions admettre l'intégralité du principe de la libre disposition des biens. Aussi la jurisprudence, après avoir longtemps refusé de considérer comme valable la stipulation d'inaliénabilité, en est arrivée à la valider exceptionnelle-

(1) V. également les art. 896, 1048 ss., 1542, 1543 et 1594 qui établissent suffisamment la liberté d'aliéner du propriétaire.

ment et dans certains cas particuliers. Quelqu'opinion que l'on puisse avoir sur la valeur de cette doctrine, quelque peu prétorienne, et sur le danger de laisser pareille matière à l'appréciation souveraine des juges, il faut reconnaître que l'on se trouve en présence d'une jurisprudence fermement établie.

2. — QUELLES SONT LES CONDITIONS DE VALIDITÉ IMPOSÉES A CET EFFET PAR LA JURISPRUDENCE?

La jurisprudence a imposé deux conditions essentielles à la validité de la convention d'inaliénabilité. 1° Que l'interdiction d'aliéner soit temporaire et non absolue ; 2° qu'elle soit faite dans un intérêt sérieux et légitime du donateur, du donataire ou d'un tiers.

N'insistons pas sur la première condition facile à établir, la prohibition d'aliéner est nulle lorsqu'elle est imposée d'une manière absolue et indéfinie (1). Regardons par contre de plus près quels peuvent être les intérêts sérieux et légitimes du donateur, du donataire ou d'un tiers. En ce qui concerne l'intérêt du donateur, nous pouvons citer la garantie d'un droit d'usufruit que le donateur s'est réservé sur l'immeuble donné. Quant à l'intérêt du donataire, l'inaliénabilité peut servir pour le protéger contre son inexpérience à un certain âge. Enfin, l'intérêt du tiers peut être celui d'un service régulier d'une rente viagère stipulée à son profit. L'intérêt doit être matériel, un simple intérêt moral comme, par exemple, le désir de ne pas voir le bien donné passer en d'autres mains que celles du donataire, ne suffirait pas pour valider exceptionnellement la clause d'inaliénabilité (2).

(1) Troplong I. 264 — Aubry et Rau VII, § 692. — Cass. 24 janv. 1899, S. 1900.1.342.

(2) Demolombe I. 300. — Troplong I. 271.

3. — QUELS SONT DES EXEMPLES D'APPLICATION PRATIQUE ?

La prohibition d'aliéner peut être imposée au donataire. Elle est licite lorsqu'elle a pour but d'assurer l'exercice du droit de retour légal de l'ascendant donateur (1). Elle est pareillement licite, lorsqu'elle garantit le service d'une pension alimentaire ou le service d'une rente viagère, pour une période dont le terme n'est pas exagérément éloigné. Par contre, cette même clause est réputée nulle et non écrite lorsqu'elle a été imposée au donataire pour toute son existence (2). La prohibition d'aliéner peut être stipulée dans l'intérêt du gratifié. Elle a été considérée comme valable lorsqu'elle a été imposée au légataire pour une durée qui va jusqu'au moment de son mariage ou encore jusqu'à l'âge de 25 ans révolus (3). Enfin le disposant peut stipuler l'inaliénabilité de l'immeuble légué au profit d'un tiers pour lui garantir l'usufruit viager de cet immeuble (4). Il a même été admis, comme étant dans l'intérêt des tiers, la condition imposée au légataire de ne pas vendre ou échanger les biens légués si ce n'est entre ses frères et sœurs (5).

Voilà des exemples de conventions d'inaliénabilité stipulées dans l'intérêt du disposant, du gratifié et du tiers. L'intérêt du donateur a été historiquement l'origine de toute la jurisprudence favorable aux clauses d'inaliénabilité. Le point de départ se trouve dans un arrêt de la Cour d'Angers du 29 juin 1842 (6), il a été

(1) Cass. 27 juillet 1863, S. 63.1.465.
(2) Cass. 18 janvier 1905, S. 06.1.347.
(3) Req. 11 février 1877, S. 77.1.443.
(4) Demolombe XVIII, 302.
(5) Req. 7 février 1831, S. 31.1.77.
(6) S. 42.2.400.

confirmé dans un arrêt de la Cour de Cassation du 20 avril 1858 (1). Aujourd'hui s'il existe encore de nombreuses difficultés d'application pratique, la question de principe ne se discute plus ; les arrêts affirment, sans se donner la peine de justifier leur décision, que la clause d'inaliénabilité temporaire est licite lorsqu'elle présente un intérêt sérieux et légitime du donateur, du donataire ou d'un tiers (2).

La Cour de Colmar a dû appliquer ces principes jurisprudentiels pour la première fois dans un arrêt du 18 novembre 1931 (3). Il s'agissait en l'espèce d'un prêt hypothécaire dans lequel l'interdiction d'aliéner l'immeuble hypothéqué a été stipulée. Cette stipulation a été faite pour une durée indéterminée allant notamment jusqu'au jour du remboursement du prêt en capital, intérêts et accessoires. Le notaire rédacteur de l'acte faisait remarquer qu'il y avait un intérêt légitime de stipuler la condition d'inaliénabilité, puisque l'immeuble qui en faisait l'objet provenait d'une donation qui, le cas échéant, pourrait être révoquée et dont le rapport pourrait être exigé quitte de toutes charges. Mais les juges ont refusé l'inscription de cette condition pour la bonne raison que la durée de l'inaliénabilité était très vague et pour ainsi dire perpétuelle. Ils ont pourtant maintenu les autres stipulations qui formaient l'objet principal de la convention, contrairement à l'art. 1172 du C. civ. En effet, toute cette théorie jurisprudentielle que nous venons d'exposer ci-dessus se limite à l'hypothèse d'une disposition à titre gratuit donation ou testament. On ne peut valider la clause d'inaliénabilité dans un acte à titre onéreux,

(1) D. 58.1.154.

(2) V. la critique de M. Tissier au S. 1904.1.225.

(3) Rev. Jur. d'Als.-Lorr. avril 1932 No 4, p. 211 avec une note de Me Degand.

l'examen des espèces rencontrées dans les arrêts justifie cette solution.

4. — QUELLE EST LA SANCTION DE LA PROHIBITION D'ALIÉNER ?

Le bénéficiaire de la clause l'inaliénabilité pourra demander la nullité des aliénations faites et la propriété fera alors retour au donataire ou légataire. Elle peut même faire retour au donateur lui-même si telle a été la volonté du disposant. Il y aura dans ce cas résolution de la donation ou du legs conformément à l'art. 954 du C. civ. (V. infra Chap. III Sect. 1). La nullité sera donc prononcée au profit de la personne dans l'intérêt de laquelle elle a été établie (1). Elle peut être invoquée par le créancier du donateur étant donné que la prohibition d'aliéner crée un droit qui n'est pas toujours exclusivement attaché à la personne (2). En vain prétendra-t-on que le fait du donateur d'être intervenu à l'acte de vente avait eu pour conséquence de la valider, les renonciations à la clause d'inaliénabilité ne sauraient résulter d'un simple concours à l'acte.

Les restrictions au principe de la libre disposition des biens, doivent être strictement interprétées. Il en résulte que l'interdiction de vendre et d'aliéner ne met pas obstacle à ce que le donataire ou légataire dispose valablement par testament (3). En outre, l'interdiction d'hypothéquer ne s'applique qu'aux seules hypothèques conventionnelles à l'exclusion des hypothèques légales ou judiciaires (4). Dans nos trois départements, la nul-

(1) Paris 9 mars 1903, Gaz. Trib. 19 juin 1903.

(2) En ce sens : Cass. 21 juillet 1868, S. 69.1.34. En sens contraire Planiol-Ripert III, 229.

(3) Bourges 8 février 1910, Gaz. Pal. 1910. 2. 73.

(4) Douai 2 juin 1892, D. 95. I. 91.

lité des aliénations ou hypothèques sera seulement opposable aux tiers conformément à l'art. 40 de la loi locale. Dans les autres départements, elle est opposable au tiers acquéreur, même s'il est de bonne foi. Cette solution est bien rigoureuse, surtout lorsque la clause d'inaliénabilité est insérée dans un testament, car elle est alors soustraite à toute publicité.

CHAPITRE DEUX

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER JUDICIAIRES

GÉNÉRALITÉS

Dans le droit français des autres départements sont transcrits tous les jugements visés dans les articles premier N^os^ 3 et 4 et deuxième N^os^ 3 et 5 de la loi du 23 mars 1855, notamment tous les jugements ayant un caractère translatif ou déclarant l'existence d'une convention verbale de ce genre.

En est-il de même dans le droit local d'Alsace-Lorraine ?

Il faut répondre par la négative. Toutefois l'article 36 alinéna 3 de la loi locale peut donner lieu à confusion. Ce texte emploie une formule très large. Il renvoie pour la publicité des constitutions, transmissions et extinctions de droits réels immobiliers et autres droits et actes soumis à publicité, à la loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire. Devons-nous par conséquent appliquer cette loi ? Non ; cette solution serait contraire au principe et au texte même de l'article 38 de la loi locale. En effet, l'inscription est un mode de publicité destiné à révéler aux tiers non pas les actes ou jugements, mais seulement les droits qui en découlent. En plus et surtout l'article 38 dont l'énumération est limitative ne mentionne pas les jugements visés par les articles premier et deux de

la loi de 1855. Seules les décisions judiciaires seront publiées lorsqu'il en résulte une restriction au droit de disposer et ce, en vertu dudit article lettre f) in fine (1).

Quelles sont les restrictions au droit de disposer judiciaires assujetties à la publicité par l'art. 38 ?

Ce sont celles résultant notamment des mesures provisoires que le tribunal est autorisé à prendre dans les cas prévus par le § 938 Z. P. O., de la saisie immobilière et de la déclaration de faillite que nous allons examiner dans les trois sections suivantes.

PREMIÈRE SECTION

LES MESURES PROVISOIRES

Un tribunal peut ordonner toutes mesures provisoires utiles et nécessaires pour assurer satisfaction éventuelle à celui qui prétend, avec quelque vraisemblance, avoir un droit à une prestation litigieuse.

1. — QUELLES SONT LES CONDITIONS D'APPLICATION ?

Il résulte de la définition donnée ci-dessus, que le droit prétendu doit être litigieux. En effet, si ce droit est établi d'une façon définitive par un titre exécutoire, il suffirait de procéder à l'exécution forcée en nature conformément aux articles 141 et ss. de la loi locale de 1924 (2). Il en résulte aussi que le droit prétendu ne

(1) En cas de jugement prononçant la rescision ou la résolution d'un droit réel immobilier par ex. d'une vente d'immeuble, l'avocat devra faire effectuer la radiation complète de l'inscription concernant l'immeuble vendu et requérir une inscription nouvelle au nom du vendeur redevenu propriétaire.

(2) Colmar 7 déc. 1926. Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1927 p. 329.

doit pas être purement éventuel, et qu'il faut en établir tout au moins la vraisemblance (1). En règle générale, toute mesure provisoire doit être limitée par la nécessité et le but à atteindre, sans préjudicier pour cela au principal. Le tribunal doit donc y recourir seulement lorsqu'il est à craindre que par une modification quelconque de l'état actuel de l'objet en litige, la réalisation du droit prétendu soit rendue impossible ou devienne très difficile. Toutes ces conditions d'application sont posées d'une façon très nette dans les §§ 935 et 940 de la Z. P. O. restée en vigueur dans nos trois départements.

2. — QUELLES SONT LES MESURES PROVISOIRES QUE LE TRIBUNAL PEUT ÉDICTER ?

En vertu du § 938 de la Z. P. O., la mesure provisoire peut consister dans une mise sous séquestre, ainsi que dans l'injonction ou l'interdiction faite à la partie adverse d'accomplir un acte, notamment dans la prohibition d'aliéner un fonds ou de le grever de charges ou d'hypothèques. Cette énumération n'est pas limitative. Le tribunal peut donc déterminer toutes autres mesures d'après sa libre appréciation. Il en est ainsi pour les mesures à prendre concernant la résidence séparée des époux en cas d'instance en divorce, la garde des enfants et la pension alimentaire. Remarquons que ces cas ont été prévus par les articles 236 et ss. du Code civil français introduit qui s'appliquent désormais. Avant l'introduction des lois civiles françaises, ces questions étaient réglées par des mesures provisoires suivant la procédure locale de la Z. P. O. (2).

(1) R. G. 24 sept. 1910. 74 p. 158.
(2) Colmar, 28 juillet 1922, Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1923. p. 51.

La Cour d'appel de Colmar, Chambre détachée à Metz, a dû combiner dans un arrêt du 21 janvier 1930, les principes généraux du droit français sur les mesures conservatoires en matière de divorce avec les règles spéciales édictées par l'art. 38 f) pour nos trois départements. En l'espèce, la Cour avait confirmé tout simplement un jugement du Tribunal de première instance de Metz en date du 17 juillet 1929. L'hypothèse était la suivante : Il s'agissait de deux époux mariés sous le régime de la communauté de biens universelle et qui étaient en instance de séparation de corps. La femme avait demandé la garantie de ses droits éventuels sur un immeuble dépendant de cette communauté, en raison des pouvoirs très étendus appartenant au mari sur les biens communs. En vertu de l'art. 242 du C. civ., les juges avaient interdit au mari, pendant la durée de l'instance, de disposer dudit immeuble commun sans le concours de la femme en ordonnant que cette mesure provisoire ferait l'objet d'une prénotation au livre foncier (1). La solution du jugement et de l'arrêt est donc bien conforme au but à atteindre. On voulait restreindre les droits de disposer du mari sur l'immeuble en question. Sans cette restriction, le mari aurait pu aliéner l'immeuble librement, au détriment des droits de la femme, au moins à titre onéreux. Il aurait pu l'hypothéquer et le grever de droits réels. C'est pour parer à ces inconvénients que les juges ont édicté la restriction au droit de disposer sur l'immeuble commun conformément à l'art. 242 du C. civ. Mais la solution du jugement et de l'arrêt n'est pas conforme à l'art. 38 f) applicable en la matière. Les juges avaient ordonné la publication de la défense d'aliéner par voie de prénota-

(1) V. les jugement et arrêt dans la Rev. Jur. d'Als.-Lorr. Avril 1930, p. 212 avec la note de Me Degand.

tion et non par voie d'inscription ferme, or c'est par voie de l'inscription ferme que sont publiées les mesures provisoires pour être opposables aux tiers. En effet, le législateur de 1924, lorsqu'il a prescrit l'inscription des restrictions au droit de disposer résultant « de toutes autres décisions judiciaires », avait principalement en vue cette interdiction d'aliéner. En vain tenterait-t-on de faire valoir que, dans l'espèce, l'inscription avait eu pour but de sauvegarder l'exercice éventuel des droits de la femme lors de la liquidation de la communauté, et que c'est donc la prénotation qu'il fallait employer. Remarquons qu'il n'est pas moins vrai que la défense d'aliéner existait dès à présent et pendant tout le temps de l'instance, indépendamment d'une action ultérieure dont elle assurerait l'efficacité. C'est donc bien par une inscription définitive qu'une semblable interdiction était à publier pour être opposable même aux tiers, par application de l'art. 38 f) de la loi locale.

DEUXIÈME SECTION

L'ORDONNANCE DE SAISIE IMMOBILIÈRE (1)

La saisie immobilière est régie par les articles 141 et suivants de la loi du 1er Juin 1924, qui a emprunté presque textuellement ses dispositions de la loi alsacienne-lorraine du 30 avril 1880 (2). Tandis qu'en droit français, la saisie immobilière se déroule entièrement devant le Tribunal Civil, en droit local, elle se passe en grande partie devant le notaire commis à cet effet. Le Tribunal Cantonal n'intervient que pour ouvrir la procédure, notamment pour rendre l'ordonnance de saisie immobilière.

(1) Chéron-Muhleisen p. 624 ss.
(2) Rec. des lois pour l'Als.-Lorr. 1880, p. 93.

1 — COMMENT EST OBTENUE L'ORDONNANCE DE SAISIE IMMOBILIÈRE?

Celui qui veut saisir un immeuble présente au juge cantonal dans le ressort duquel il est situé une requête à fin d'exécution forcée, soit par écrit, soit par déclaration orale prise en procès-verbal par le greffier. Il y joint son titre exécutoire, un exposé des faits justifiant l'exécution forcée, un extrait du livre foncier concernant l'immeuble à saisir, la déclaration de la mise à prix, ses conclusions sur l'époque, le lieu et les conditions de l'adjudication et enfin son choix concernant le notaire qui doit conduire la procédure. Si la demande est reconnue fondée, le juge cantonal rend une ordonnance d'exécution forcée qui contient la désignation du créancier poursuivant, du débiteur et s'il y a lieu du tiers détenteur; la désignation des immeubles à vendre et la nomination du notaire pour y procéder. L'ordonnance d'exécution forcée est signifiée d'office au débiteur et au tiers détenteur et est inscrite d'office au livre foncier (art. 145). Elle est susceptible de pourvoi immédiat. (art. 167).

2. — QUELS SONT LES EFFETS QUI EN RÉSULTENT?

L'inscription de l'ordonnance de saisie immobilière produit deux effets : 1) Elle immobilise les fruits à l'égard des autres créanciers (art. 165); 2) elle restreint la faculté de disposer du débiteur saisi. L'inscription de l'ordonnance fait désormais obstacle à toute aliénation, à toute constitution de droit réel, à tout bail ou location qui serait ultérieurement consenti par le débiteur ou le tiers détenteur (art. 166). (Voir en ce sens un jugement du Tribunal de Metz rendu en avril 1925 sur la matière).(1)

(1) Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1925, p. 235

La nullité de l'aliénation n'est pas d'ordre public. Seulement, les aliénations, charges, hypothèques, baux et locations consentis par le débiteur après l'inscription de l'ordonnance, ne sont pas opposables, ni au créancier poursuivant, ni au créancier hypothécaire antérieurement inscrit, ni au futur adjudicataire. Reste que l'aliénation consentie postérieurement peut être validée si l'acquéreur consigne une somme suffisante tant pour désintéresser les créanciers dont il s'agit, que pour couvrir les frais de la procédure. Ces effets sont d'ailleurs les mêmes que dans le droit français des autres départements. (V. art. 685 à 687 du C. pr. civ.) (1).

Remarquons que l'ordre de contrainte réelle (dinglicher Arrestbefehl) s'il est exécuté sur un immeuble, donne lieu aux mêmes effets que l'ordonnance d'exécution forcée inscrite au livre foncier. Il rend l'immeuble indisponible ainsi que les fruits. (§ 932 Z. P. O.)

3. — QUELLE EST L'HYPOTHÈSE PRÉVUE PAR LE § 932?

Ce texte autorise le créancier d'une somme d'argent ou d'une prestation susceptible d'être convertie en argent, d'obtenir du tribunal une ordonnance de contrainte qui lui permettra d'inscrire la restriction sur les immeubles de son débiteur. Mais le créancier peut-il encore inscrire l'hypothèque de la loi locale? La doctrine est divisée à ce sujet. Messieurs Chéron et Muhleisen répondent négativement en se basant sur la disparition de l'hypothèque de garantie. Le seul effet de la contrainte sera d'après eux de rendre le bien indisponible

(1) Orléans 21 fév. 1896, D. P. 99. I. 109 (la nullité d'une aliénation consentie après la transcription de l'ordonnance de saisie n'est pas d'ordre public).

dans les mains du débiteur qui ne pourra plus le vendre, ni le grever de charges ou d'hypothèques. Mais le saisissant pourvu d'un ordre de contrainte n'aura d'hypothèque que quand il aura obtenu un jugement, en attendant il pourra tout au plus obtenir une prénotation en vue de cette hypothèque (1). Nous ne partageons pas cette manière de voir. Selon l'opinion de Monsieur le Doyen Duquesne, la disparition de l'hypothèque de garantie ne permet pas de conclure à la disparition de l'hypothèque de contrainte. L'hypothèque est un droit réel connu par le droit français et seuls les droits réels comme la rente foncière, la dette foncière et le droit de préemption ont été abolis (art. 36 al. 3 de la loi locale). Remarquons que déjà la loi de 1880 avait limité les effets de l'ordonnance de contrainte à une simple restriction au droit de disposer du propriétaire de l'immeuble saisi. Mais ce système avait suscité à cette époque de vives réclamations. On avait fait remarquer que, par son caractère absolu et indéterminé, la restriction au droit de disposer bloquait en fait les immeubles saisis et constituait une entrave aux transactions immobilières. La loi locale du 24 juillet 1889 avait alors apporté le remède avec l'hypothèque dite de contrainte qui subsiste encore aujourd'hui dans notre droit local, à côté des restrictions résultant de l'article 932 Z. P. O. (2)

(1) V. Chéron-Muhleisen p. 667.

(2) V. Etude M. le doyen Duquesne « Les hypothèques de la procédure locale d'exécution forcée » parue dans la Rev. Jur. d'Als.-Lorr. mai 1931, No 5.

TROISIÈME SECTION

LE JUGEMENT DE DÉCLARATION DE FAILLITE

L'effet le plus important du jugement déclaratif de faillite est le dessaisissement du débiteur (Art. 443 C. com.) Il consiste en ce que le failli est privé désormais de l'administration de tous ses biens. Le failli reste propriétaire, mais il ne peut plus faire aucun acte concernant son patrimoine, l'administration est dévolue au syndic chargé de représenter à la fois le failli et ses créanciers.

Jusqu'au 1er janvier 1925 les faillites étaient régies par la K. O. qui est encore applicable en Alsace-Lorraine dans les faillites déclarées avant le 1er janvier 1925 conformément à l'art. 43 de la loi locale du 1er juin 1924 portant introduction des lois commerciales françaises dans nos trois départements. Cette loi a introduit, à partir du 1er janvier 1925, les lois françaises concernant la faillite, notamment le Code de commerce français (Art. 1er, 1°). L'art 22 de cette même loi a étendu également les dispositions des lois françaises aux débiteurs non commerçants domiciliés en Alsace-Lorraine. Il en résulte que le jugement déclaratif de faillite peut être prononcé, dans nos trois départements, par le juge cantonal qui remplit en cette matière les fonctions attribuées par les lois françaises au juge commissaire, au juge de paix et même au tribunal de commerce, sous réserve des dispositions de l'art. 23 al. 3 l. loc.

1. — QUELLES SONT LES RESTRICTIONS RÉSULTANT DE L'ART. 443 DU CODE DE COMMERCE?

Le jugement déclaratif de faillite comporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli

de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir, tant qu'il est en état de faillite (Art. 443 al. 1). (1) Les alinéas suivants de cet article appliquent cette règle générale aux actions en justice et aux voies d'exécution. Il en résulte que le failli ne peut plus accomplir aucun acte concernant son patrimoine, tel que vente, constitution d'hypothèque ou de servitude, bail etc. Le dessaisissement comprend tous les biens, meubles et immeubles du failli, qu'ils se rattachent ou non à son commerce. La formule de l'art. 443 vise même les biens qui peuvent échoir au failli après le jugement déclaratif. Pourtant le dessaisissement ne produit pas une incapacité. Sans doute, le failli ressemble à un mineur ou à un interdit, et de même que l'interdit et le mineur sont représentés et remplacés par un tuteur, de même le failli est représenté et remplacé par le syndic. Mais, à la différence de l'interdit et du mineur, les actes faits par le failli sont valables en ce qui le concerne et ni lui, ni la personne avec qui il a contracté ne peuvent en demander la nullité. (2) Les actes du failli sont nuls vis-à-vis de la masse des créanciers qui, seuls, sont protégés par le dessaisissement, ce dernier n'ayant qu'un caractère relatif. (3)

La Cour de Colmar a dû se prononcer en la matière le 16 octobre 1929. Il s'agissait en l'espèce d'une hypo-

(1) C'est l'effet le plus redouté des commerçants, aussi le dessaisissement a-t-il été écarté en cas de liquidation judiciaire. V. Lyon-Caen et Renault Nos 1290 ss.

(2) Cass. 18 juin 1900, D 1900. 1. 415.

(3) En ce sens Lyon-Caen et Renault No 1062. — Cependant, d'après M. Thaller, le dessaisissement conférerait aux créanciers un véritable droit réel sur les biens du failli qui se confondrait avec l'hypothèque légale de la masse. Cette thèse tend ainsi à nier l'effet du dessaisissement quant aux immeubles, ce qui est en opposition formelle avec les art. 443 et 490 du C. com.

thèque consentie par une personne déclarée en état de faillite et dont l'inscription d'une prénotation avait été requise au livre foncier par le notaire rédacteur de l'acte. Le préposé au livre foncier avait méconnu la portée du dessaisissement et avait rejeté la demande en inscription. Sur le pourvoi introduit par le notaire, la Cour de Colmar avait statué selon l'opinion reconnue en doctrine et en jurisprudence. La thèse de la Cour de Colmar est donc la suivante : L'acte accompli par le failli au mépris du dessaisissement n'est frappé de nullité que vis-à-vis de la masse, d'où il suit qu'en l'espèce où le syndic n'était pas intervenu, l'acte susvisé était valable et le préposé au livre foncier avait refusé à tort d'opérer l'inscription requise. (1)

2. — COMMENT SE PRODUIT LE DESSAISISSEMENT?

D'après l'art. 443 C. com. le dessaisissement du failli se produit de plein droit à la date du jugement et indépendamment de toute formalité de publicité. L'accomplissement des formalités de publicité telles qu'elles sont prévues par l'art. 442 C. com. a seulement pour but de fixer le point de départ des délais dans lesquels le jugement publié peut être attaqué, mais aucune autre conséquence n'est prévue par la loi. Aussi, dans les départements d'outre-Vosges, tous ceux qui ont traité avec le failli dans l'ignorance du jugement déclaratif de faillite, ne sauraient prétendre que ce jugement ne leur est pas opposable. Les tiers pourraient seulement, à raison du préjudice qui leur a été causé par l'absence de publication, demander des dommages et intérêts à ceux auxquels est imputable le défaut de publication. (2)

(1) Bulletin des notaires de la C. de Colmar. Juillet-septembre 1930, p. 100, affaire Laugel.

(2) Cass. 16 novembre 1887, D. 88. 1. 325.

Il en est autrement dans nos trois départements. Les restrictions résultant du dessaisissement ne seront opposables aux tiers qu'à partir d'une inscription de la déclaration de faillite faite au livre foncier en ce qui concerne les immeubles du failli (art. 38 f l. loc.). Les syndics sont tenus de prendre cette inscription et même le tribunal devra y procéder lorsqu'il connaît l'existence d'immeubles appartenant au failli. Remarquons que cette inscription de la déclaration de faillite présente encore une utilité particulière, car dans nos trois départements l'inscription de l'hypothèque de la masse prévue par l'art. 490 C. com. est souvent illusoire. En effet, en vertu de l'art. 48 l. loc., les hypothèques ne peuvent être inscrites que pour une somme déterminée et sur des immeubles déterminés et les syndics ne pourront, par conséquent, prendre cette inscription que pour un montant déterminé de dettes. Or, si ce montant ne leur est pas connu, il leur sera impossible d'inscrire une telle hypothèque, par contre ils pourront toujours et immédiatement inscrire la restriction au droit de disposer que leur confère l'art. 38 f. Ajoutons encore que cette inscription prise par le syndic arrête également l'inscription des hypothèques légales et des privilèges qui ont pu valablement être acquis en droit français conformément à l'art. 446 C. com. (1)

---

(1) En ce sens Rép. Niboyet. Tom I. p. 185.

CHAPITRE TROIS

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER LÉGALES

GÉNÉRALITÉS

Les restrictions au droit de disposer légales sont celles qui sont édictées directement par la loi. Elles s'appliquent entre les parties à défaut de toute stipulation expresse dans l'acte juridique. En ce qui concerne leur opposabilité aux tiers, l'article 38 de la loi locale n'a pas donné de solution définitive. En effet, ce texte n'énumère que quatre cas de restrictions légales, qu'il assujettit à une inscription au livre foncier, pour les rendre opposables aux tiers. Est-ce que cette énumération est limitative? Certainement non. La question reste par conséquent ouverte à la discussion de la doctrine et à la solution à fournir par les Tribunaux. Nous examinerons successivement en quatre sections les restrictions au droit de disposer légales assujetties à inscription par l'art. 38, et enfin nous consacrerons une 5me section à l'étude des restrictions légales non prévues par l'art. 38.

PREMIÈRE SECTION

LE LEGS OU DONATION SOUS CONDITION

La révocation pour inexécution des conditions d'une donation a pour effet de résoudre tous les droits con-

férés par le donataire sur les biens donnés. La restriction au droit de disposer légale est formulée par l'art. 954 du C. civ. ainsi conçu : « Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire, et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui-même ». Les mêmes causes qui, suivant l'art. 954 autorisent la demande en révocation de la donation entre vifs, seront admises pour la demande en révocation des dispositions testamentaires (Art. 1046 C. Civ.).

Ce que la loi appelle « condition » est en fait une véritable charge imposée au donataire ou légataire et dont l'inexécution, pour quelle cause que ce soit, permet de demander la révocation de la libéralité. Remarquons ici, que la charge et la condition sont deux notions qui sont parfois très difficiles à discerner et impliquent de la part des juges du fond une recherche fort délicate de l'intention du disposant suivant qu'il a voulu ou non imposer une obligation au gratifié (1). On peut dire que la charge est imposée à la personne tandis que la condition est imposée aux biens. L'intérêt de la distinction est le suivant : Tandis que l'inexécution des charges entraine toujours une action en justice pour faire tomber la donation ou le legs, l'arrivée de la condition apposée à un acte de libéralité produit son effet de plein droit et en principe sans décision judiciaire. Reste que le testateur ou donateur pourrait valablement stipuler qu'en cas d'inexécution des charges la révocation aurait lieu de plein droit (2). Mais remar-

(1) C. Civ. 29 avril 1931, S. 31.1.262. — Josserand III, N° 1534. Planiol-Ripert V, N° 471.

(2) Cass. 18 juin 1890, S. 93.1.425.

quons, qu'il s'agit d'une condition ou d'une charge, et que la révocation s'opère de plein droit ou en vertu d'une décision judiciaire, dans le droit local, l'effet reste toujours le même, la restriction au droit de disposer concernant l'immeuble donné ou légué, n'est opposable aux tiers qu'à partir de son inscription au livre foncier par application de l'art. 38 f) et g) de la loi locale. Il en résulte, que, dans la mesure où la charge ou condition est valablement admise dans le droit français, la restriction au droit de disposer sera susceptible d'être inscrite au livre foncier pour être opposable aux tiers.

1. — QUEL EST, PAR CONSÉQUENT, LE CRITÈRE DE CETTE VALIDITÉ ?

En principe, toute personne capable de disposer de ses biens à titre gratuit est libre de le faire purement et simplement ou d'apporter à la libéralité telle charge ou condition qu'elle jugera convenable. C'est une conséquence de la règle générale de la liberté des conventions. Toutefois cette liberté de disposer ne saurait être absolue et sans limite. Dans l'intérêt de la société toute entière, le Code civil a prohibé certaines charges ou conditions. Nous aurons donc à étudier ces limitations, soit qu'elles résultent directement de la loi, soit qu'elles résultent des principes généraux qui gouvernent la matière des libéralités avec charges.

Nous avons déjà rencontré l'art. 896 du C. civ. Ce texte déclare nulle toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire sera chargé de conserver et de rendre l'immeuble à un tiers. La nullité de la condition entraîne même la nullité de la donation ou du legs tout entier dans la mesure où elle a été, suivant les termes de la jurisprudence, « la cause impulsive et déterminante » de la libéralité. Quant aux

exceptions admises par la loi, nous n'avons qu'à renvoyer aux articles 1048 et suivants du C. civ. (Supra Chap. I Sect. II). Remarquons, que même dans les cas où il s'agit d'une substitution permise par la loi, la charge ou condition est illicite lorsque l'exécution de la substitution est devenue une chose impossible. Il a été jugé en ce sens dans l'hypothèse d'une fille donataire ou légataire qui était déjà dans un certain âge et dans l'impossibilité d'avoir des enfants par suite d'une opération chirurgicale (1).

Les articles 944 et 945 du C. civ. visent certaines charges ou conditions qui portent atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations. Les anciens auteurs ont consacré ce principe dans une formule restée célèbre : « Donner et retenir ne vaut » (2). Cette règle signifie à l'heure actuelle qu'il est interdit au donateur d'introduire dans l'acte de libéralité des conditions par lesquelles il arriverait à anéantir celle-ci par l'effet de sa seule volonté. Remarquons que ce principe n'existait pas sous l'empire du B. G. B. (§§ 516 à 534).

a) QUELLES SONT LES CHARGES OU CONDITIONS CONTRAIRES A LA RÈGLE FONDAMENTALE DE L'IRRÉVOCABILITÉ DES DONATIONS ?

En vertu de l'art. 945 du C. civ. la donation sera nulle, si elle a été faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation. Si le donateur veut imposer au donataire le paiement des dettes futures, il faut pour

(1) Trib. Civ. Compiègne, 23.7.1930. Journ. Not. et Avoc. 5.8.1931, p. 624 : En l'espèce les Juges ont validé le legs comme pur et simple conf. à l'art. 900 C. civ.

(2) A. Desjardins « Recherche sur la règle : Donner et retenir ne vaut ». Rev. critique 1868 XXXIII p. 207 ss. V. pour l'origine de cette règle : Delchelle, thèse de Paris 1897.

que la charge soit valable que ces dettes soient indiquées dans l'acte de donation ou dans un état annexé. (1) Ainsi on ne pouvait imposer au donataire la charge d'acquitter d'une manière générale les dettes de succession. La donation sous cette condition serait nulle. La nullité serait même encourue alors qu'il n'y aurait aucune dette ou charge future. (2)

L'art. 944 du code civil expose la théorie de la condition potestative en matière de donation. En vertu de ce texte, toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle. Ce texte n'est en somme qu'une application faite de la règle posée par l'art. 1174 du Code civil et aussi de cette vérité de bon sens que celui-ci n'est obligé que s'il le veut. L'art. 1174 ne vise d'ailleurs que les conditions purement potestatives ; une condition simplement potestative peut valablement être insérée dans un contrat à titre onéreux parce qu'elle suppose l'accomplissement d'un fait et non une manifestation arbitraire de volonté. Par conséquent seront valables les promesses de vente et pactes de préférence d'acquisition susceptibles de produire des restrictions au droit de disposer importantes par application de l'art. 38, (l. loc.). Au contraire, l'art. 944 C. civ. interdit cette condition potestative dans les actes à titre gratuit. Notons toutefois que la jurisprudence a tendance de restreindre le champ d'application de ce texte. Ainsi elle déclare valable une donation faite sous la condition du mariage projeté par le donateur, motif pris que le fait d'un tiers intervient dans l'accomplissement de la condition, qui peut alors être qualifiée de mixte (3).

(1) Toulouse, 20 Janvier 1872, S. 73.2.200
(2) Ernest Davy III, Nos 11112 s.
(3) Civ. 30 août 1880, D. 80.1.464.

Mais des exceptions notables sont apportées par la loi au principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs pour certains genres de libéralités. Ces exceptions qui font naître des restrictions au droit de disposer importantes, pour lesquelles la loi est même beaucoup plus large, que pour les actes à titre onéreux eux-mêmes, résultent notamment : De l'art. 1083 du C. civ. relatif à l'institution contractuelle ; de l'art. 1084 du même code relatif à la donation cumulative des biens présents et à venir et de l'art. 1096 du même code qui admet la révocabilité des donations entre époux d'une façon générale. (V. infra 5me Section).

b) QUELLES SONT LES CHARGES OU CONDITIONS CONTRAIRES A LA LOI ?

Ce sont celles présentant un caractère impossible, immoral ou illicite (1). La prohibition de ces charges et conditions est consacrée par l'art. 900 du code civil, ainsi conçu : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux bonnes mœurs sont réputées non écrites. » Ce texte forme la contre-partie de l'art. 1172 du même Code qui annule en matière d'acte à titre onéreux, la disposition entière, lorsqu'elle est sous condition impossible, illicite ou immorale. Remarquons que l'expression « condition » visée par le Code ne s'entend non seulement des évènements casuels qui suspendent le sort de la libéralité et qui sont indépendants de la volonté des parties, mais encore des faits dont l'accomplissement ou l'abstention est imposée au gratifié, c'est-à-dire des charges ou obligations imposées par le disposant au donataire ou légataire. Ce sont même ces

(1) Bartin « Des conditions impossibles et illicites » 1887—Planiol-Ripert VI Nos 228 ss. et 235 ss.

charges que le législateur a eu principalement en vue lors de la rédaction de l'art. 900. (1) Il faut donc réputer non écrites, dans les dispositions à titre gratuit, non seulement les conditions impossibles ou illicites, mais encore les charges présentant ces caractères. (2) Ces charges peuvent d'ailleurs ne pas résulter expressément des termes du testament ou de la donation, c'est alors aux tribunaux de rechercher les intentions du disposant à ce sujet et à déterminer les charges auxquelles la libéralité doit valablement rester soumise. En conséquence les charges et conditions impossibles, immorales ou illicites ne peuvent créer de restrictions légales au sens de l'art. 954 susceptibles d'être inscrites en conformité de la loi locale art. 38.

a. VOYONS, PAR CONSÉQUENT, QUELS SONT LES TRAITS DISTINCTIFS DE CES CHARGES ET CONDITIONS :

La condition peut être impossible juridiquement et physiquement : juridiquement, si un obstacle légal et permanent s'oppose à son accomplissement et que cet obstacle ne peut disparaître que par suite d'un changement de législation ; (3) physiquement, si la réalisation de l'événement se heurte à une impossibilité naturelle absolue que personne ne pourrait remplir. L'impossibilité relative au légataire ou au donataire fait évanouir la condition seulement quand sa réalisation exige des moyens qu'on ne saurait se procurer que grâce à des circonstances extraordinaires. (4) Pour apprécier la nature de la condition et savoir si elle est possible ou im-

(1) Laurent IX, 435.

(2) V. Planiol-Ripert V, N° 272. (L'inexécution par suite du caractère illicite de la charge entraînera la chute de l'acte tout entier.)

(3) Aubry et Rau IV, p. 302.

(4) Baudry-Lacantinerie et Barde I, N° 754. — Rouen 16 nov. 1875, D. 76. 2. 154.

possible, c'est au moment de la rédaction de l'acte que l'on doit se placer s'il s'agit d'une donation, au moment du décès s'il s'agit d'un legs ou testament, car c'est à ce moment-là seulement que le droit est acquis. (1)

Les conditions illicites sont non seulement celles qui sont contraires à une prescription spéciale et formelle de la loi, mais encore celles qui tendent à restreindre ou à entraver l'exercice des droits ou facultés dérivant de la liberté naturelle ou civile de l'homme, telle que la faculté de se marier, de changer de religion, de prendre tel ou tel état, etc. Mais toutes les conditions contraires aux lois ne sont pas illicites, ce sont seules les conditions contraires aux lois auxquelles les particuliers ne peuvent déroger à raison de ce que ces lois touchent à l'intérêt général ou à l'ordre public. Quant aux lois auxquelles les particuliers peuvent déroger parce qu'elles sont exclusivement fondées sur l'intérêt privé, il est permis d'écarter leur application par des conditions contraires et valables.

Enfin les conditions immorales sont celles qui viennent troubler les bonnes mœurs et qui sont dangereuses pour la moralité individuelle. La loi n'ayant pas défini cette condition, la question de savoir si elle est ou non contraire aux mœurs devient une pure question de fait dont l'appréciation est laissée à l'arbitraire des juges. (2)

Il appartient donc, dans tous ces cas, aux juges du fond de rechercher dans l'ensemble des faits et circonstances l'intention du testateur ou du légataire et de décider si la condition ou charge imposée au bénéficiaire de la libéralité, est licite ou illicite. (3)

---

(1) Demolombe XVIII, 230.
(2) Aubry et Rau VII, p. 290
(3) Cass. req. 23 Janv. 1877, D. 77. 2. 124.

b. QUEL EST LE FONDEMENT JURIDIQUE DE L'ART. 900?

Selon Demolombe, l'art. 900 est fondé uniquement sur l'intention présumée du donateur ou du testateur; la loi suppose que le disposant aurait supprimé lui-même la condition illicite, s'il en avait connu la nullité. On donne ainsi à la disposition de la loi, une valeur purement interprétative de volonté, ce qui permet de l'écarter toutes les fois que le disposant n'a pas manifesté l'intention de retirer sa libéralité si la condition n'est pas remplie. (1) La jurisprudence n'a pas accepté cette manière de voir. En appliquant les art. 1172 et 1131 du C. civ, elle a annulé la libéralité entière lorsqu'il est reconnu que la condition illicite a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. (2) Cet appel à la théorie de la cause est en général approuvé en doctrine. (3)

c. QUELLES SONT LES PRINCIPALES APPLICATIONS PRATIQUES?

La condition de ne pas se marier n'a en soi rien d'illicite. Il en est différemment au point de vue du mobile qui a inspiré le gratifiant. Si celui-ci apparaît comme justifié, par ex. s'il s'agit de l'intérêt du gratifié à raison de son âge ou de sa santé, la condition est licite et pleinement valable. (4) Si, au contraire, la condition de ne pas se marier est inspirée par une pensée répréhensible, par ex. pour empêcher un fils d'épouser sa maîtresse, elle est illicite et entraîne, le cas échéant,

(1) Demolombe XVIII, N° 205.

(2) Req. 3 juin 1863, D. 63. 1. 429 (donation). Arrêt du 7 juil. 1868 D. 68. 1. 446 (legs).

(3) Baudry-Lacantinerie et Colin, X N° 111 p. 42-43. Aubry et Rau XI, § 692 p. 171 se bornent à exposer la jurisprudence, mais se rapprochent de la théorie interprétative.

(4) Paris, 1er avril 1862, D. 62. 2. 77.

la chute de la libéralité tout entière, par application de la théorie de la cause. La Cour de Colmar, dans un arrêt du 5 janvier 1932, a annulé purement et simplement une pareille condition mise à une libéralité. Au fond, la solution donnée au procès par la Cour de Colmar est conforme à la jurisprudence. Dans l'espèce, il ne s'agissait pas d'un mari testant en faveur de sa femme et mettant comme condition de sa libéralité que sa veuve ne se remarierait pas, mais d'un homme qui avait eu la légataire pour maîtresse et s'était toujours refusé à l'épouser et qui, loin de vouloir, par la clause litigieuse, protéger soit sa propre famille, soit la légataire, n'avait été mû que par un caprice individuel, un sentiment de jalousie posthume. Jamais la jurisprudence n'a admis une interdiction de mariage comme condition d'un legs en pareil cas. (1)

La condition de viduité, pas plus que la condition de ne pas se marier, n'offre en soi rien d'immoral ni d'illicite. Elle peut être inspirée par des sentiments très respectables comme le souci de l'avenir des enfants ou l'idée de la protection de la veuve. Les juges de Colmar avaient à statuer en cette matière le 26 octobre 1927. En l'espèce il s'agissait de rechercher, si la clause de viduité insérée dans un testament commun, valablement fait sous l'empire de la législation allemande, était nulle comme contraire aux bonnes mœurs (§ 138 B. G. B.). Les juges de Colmar avaient appliqué les règles générales du droit français relatives à l'ordre public et ce à bon droit. Ils avaient justement déduit des circonstances de la cause que, dans ce cas particulier, la condition

(1) Arrêt de la Cour de Colmar 5 janv. 1932, Journ. des Not. et Avoc. 1932 N° 20, p. 993, avec une note de M. Paul Chassagnade-Belmin. V. également Paris, 13 juil. 1911, D. 1912. 2. 192. Req. 3 avril 1913, D. 1915. 1. 29.

de ne pas se remarier ne revêtait aucun caractère immoral susceptible d'en entrainer la nullité. (1)

En ce qui concerne les conditions contraires à la liberté de conscience, on doit déclarer illicite la condition imposée au légataire de vivre et mourir dans une religion spécialement désignée. (2) La condition de se faire prêtre est ainsi réputée illicite lorsqu'elle a pour but d'entraver la liberté du disposant. D'après Dalloz, une semblable condition n'est nulle que s'il s'agit de se faire prêtre dans la religion catholique. Elle équivaut alors à une prohibition absolue de se marier. D'après d'autres auteurs au contraire, il faut examiner les circonstances spéciales dans chaque cas particulier. (3)

Un grand nombre de dons et de legs sont faits à des conditions qui présentent un caractère religieux ou cultuel. (4) Ces conditions sont licites en droit local lorsque la libéralité n'a pas une cause immorale (art. 6 C. civ.). Mais la loi française du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, modifiée par la loi du 13 avril 1908 art. 9, déclare illicites les charges cultuelles imposées dans les libéralités adressées aux personnes morales publiques. Cette disposition n'a d'ailleurs pas été introduite dans nos trois départements, de sorte que ceux-ci restent encore soumis à la loi locale antérieure à cet effet. En somme, la différence de législation en ce qui nous intéresse n'est pas grande, car la jurisprudence est en mouvement pour permettre aux personnes morales publiques l'exécution des charges et conditions qui ont un caractère cultuel dans certains cas particuliers. Il en est ainsi lorsque la personne

(1) Cour de Colmar 26 octobre 1927. Rev. Jur. d'Als.-Lorr. août 1928. p. 416.

(2) Cour de Colmar 9 mars 1827, S. 28. 2. 344.

(3) Demolombe XVIII, 259. Troplong I, 242.

(4) V. sur cette expression Planiol-Ripert V. N° 280.

morale publique n'a pas à procéder elle-même à cette exécution et puisse charger un tiers à cet effet. On arrive ainsi à valider la charge ou condition très fréquente en matière de libéralité à savoir les fondations de messes imposées à des personnes morales publiques. (1)

Nous avons exposé dans tout ce qui précède la mesure d'après laquelle le droit français admet la validité d'une charge ou condition pouvant donner naissance à des restrictions au droit de disposer du propriétaire de l'immeuble reçu conformément à l'art. 954 du code civil.

Ces restrictions s'appliquent en principe à tous les actes de libéralités sous charge ou condition quel que soit le caractère de la libéralité, sa forme et les circonstances dans lesquelles elle a été faite. Elles s'appliquent notamment au gratifié qui a reçu une libéralité par donation indirecte, déguisée, rémunératoire ou même mutuelle. (2) C'est aux juges du fond qu'il appartient en cas de difficultés de décider, par l'appréciation souveraine de l'intention des parties, si l'acte présente, oui ou non, le caractère d'une véritable libéralité. (3) Cela est d'autant plus difficile à distinguer que la charge ou condition diminue en fait l'importance de la libéralité, surtout quand cette charge a une valeur patrimoniale qui est égale ou supérieure à celle des biens donnés. Dans ce cas, l'acte ne peut plus être considéré comme étant à titre gratuit ; il est considéré alors comme étant à titre onéreux et la demande en révocation sera fondée, non pas sur l'art. 954, mais sur l'art. 1184 du code civil. Remarquons que cette distinction ne présente guère un intérêt pratique au point de vue des

(1) Cons. d'Etat 21 mars 1920, D. H. 1930 p. 272.

(2) Planiol-Ripert V, N° 486.

(3) V. thèse de M. Champeaux « Etude sur la notion juridique de l'acte à titre gratuit en droit civil français » Strasbourg 1931.

effets de la résolution, car l'art. 38 g) de la loi locale assujettit également à inscription le droit à la résolution de l'art. 1184, pour être opposable aux tiers. (V. infra Sect. II).

2. — COMMENT SE PRODUIT LA RÉVOCATION DE LA LIBÉRALITÉ?

La révocation ne se produit pas de plein droit. (Art. 956 C. Civ.) Elle doit être demandée par des personnes ayant qualité et prononcée en justice. Si la charge est imposée en faveur du donateur, c'est le donateur, ses héritiers ou autres successeurs qui peuvent intenter l'action en révocation. (1) Les créanciers du donateur et de ses héritiers auront ce même droit en vertu de l'art. 1166. Ainsi, lorsqu'une donation a été faite par un époux à son conjoint, avec la condition qu'elle serait révocable de plein droit au cas où le donataire contracterait un second mariage, les juges ne peuvent, lorsque cette condition s'est réalisée, refuser d'appliquer la clause résolutoire sous prétexte que les héritiers du conjoint donateur sont décédés avant le second mariage du donataire et que, par suite, les créanciers de ces héritiers n'ont pu trouver, dans le patrimoine de leurs débiteurs, une action en révocation pour cause d'inexécution des conditions. (2) Toutefois, si la charge est purement personnelle, par ex. s'il s'agit de loger, nourrir et entretenir le donateur sa vie durant, l'inexécution ne pourrait être invoquée par les héritiers ou créanciers si le donateur n'avait pas lui-même intenté l'action en révocation, son silence équivaut alors à une renon-

(1) Civ. 29 octobre 1912, D. 1917. 1. 107.

(2) Civ. 18 juin 1890, D. 90. 1. 304. V. Req. 9 avril 1838, S. 38 I. 442.

ciation tacite (1). Le tiers bénéficiaire de la charge peut-il intenter l'action en révocation ? Il faut répondre par la négative. Le tiers bénéficiaire n'a que l'action en exécution, mais non l'action en révocation (2). Mais si la qualité de tiers vient à se confondre avec celle d'héritier, de créancier ou de cessionnaire des droits du donateur, le tiers pourra exercer l'action en révocation du chef du donateur. Remarquons, que la révocation peut être demandée, quelle que soit la cause pour laquelle le donataire n'a pas exécuté les charges. Il a même été décidé que la révocation peut être obtenue pour inexécution des charges dues à des évènements fortuits ou de force majeure non imputables au donataire (3). De là il résulte, pour les tribunaux, le pouvoir d'apprécier si le donataire a ou n'a pas exécuté les charges lui incombant. La prescription de trente ans atteint d'ailleurs l'action en révocation comme elle atteint en principe tout autre action.

3. — QUEL EST L'EFFET DE LA RÉVOCATION OBTENUE EN JUSTICE ?

L'art. 954 pose le principe de l'effet rétroactif en la matière. Aux termes de cet article, en cas de révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront en la possession du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire. Ainsi la révocation, lorsqu'elle est obtenue opère comme la condition résolutoire lorsqu'elle s'accomplit et remet les choses au même état que si l'acte de libéralité n'avait

(1) Planiol-Ripert V. N° 494. Laurent XII, N° 497.

(2) En ce sens Planiol-Ripert V. N° 493. Aubry et Rau XI, 707 bis p. 351.

(3) Nevers 20 juin 1904, Gaz. Pal. 04.2.511.

pas existé (1). L'art. 954 comporte donc des restrictions au droit de disposer importantes. La révocation obtenue résout tous les droits conférés par le donataire sur les biens donnés (2). Elle anéantit toutes cessions et aliénations consenties par le donataire et entraîne l'extinction de toutes les hypothèques prises contre lui (3). Seuls les actes conservatoires ou d'administration resteront valables. Rentré dans le patrimoine du donateur, l'immeuble donné est considéré comme s'il n'en était jamais sorti ; par suite, les inscriptions prises par les créanciers du donateur atteignent ce bien rétroactivement suivant leurs dates (4). Par conséquent, les tiers ne peuvent invoquer leur bonne foi en disant par ex. que le légataire a été envoyé en possession, car ils doivent vérifier au préalable si la personne avec laquelle ils ont contracté est entièrement propriétaire de l'immeuble ou si elle est restreinte dans ses droits d'en disposer (5). Cette vérification qui est très difficile à faire d'après la législation des autres départements, où il y a lieu d'étudier et de rechercher l'origine de la propriété de l'immeuble, peut par contre très facilement être obtenue dans le droit local. L'art. 38 de la loi locale prescrit l'inscription des restrictions au droit de disposer pour inexécution des charges ou conditions d'un immeuble donné ou légué. Il suffira donc de se reporter au livre foncier ou le droit à la révocation doit être obligatoirement inscrit pour pouvoir être opposé aux tiers conformément à l'art. 40 l. loc.

(1) D'après Planiol-Ripert V. N° 497, l'art. 954 constitue en matière de libéralité une répétition de l'art. 1184.

(2) Bordeaux, 1er fév. 1888, D. 91.2.83.

(3) Cass. 1er juil. 1896, Rev. nouv. de Notariat 1895—6 p. 684.

(4) Cass. 11 nov. 1878, S. 79.1.157.

(5) Trib. Sens, 30 juin 1932, Bull. ass. nat. des not. de France p. 523.

DEUXIÈME SECTION

LE DROIT A LA RÉSOLUTION D'UN CONTRAT SYNALLAGMATIQUE

Il existe, en dehors des conditions résolutoires expresses, des conditions résolutoires tacites en ce sens que le contrat peut être résolu par une décision en justice à défaut d'exécution des engagements de l'une des parties. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contracts synallagmatiques dans les cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement. (Art. 1184 C. civ.).

Aux termes de l'art. 38 g) de la loi locale « tout droit à la résolution d'un contrat synallagmatique » susceptibles de donner naissance à des restrictions au droit de disposer, sera inscrit au livre foncier pour être opposable aux tiers.

1. — QUELS SONT LES PRINCIPAUX CAS D'APPLICATION DE L'ART. 38 g)?

L'art. 38 g) s'applique sans nul doute aux contrats synallagmatiques visés par l'art. 1184. Un certain nombre de textes du C. civ. prévoient d'ailleurs expressément le droit à la résolution pour inexécution des obligations dans les cas suivants qui ne sont que des corollaires du principe général formulé par l'art. 1184. Ce sont :

L'action révocatoire du vendeur dans le cas où l'acheteur ne paye pas le prix. (art. 1654 C. civ.)

L'action en répétition du co-permutant s'il est évincé de la chose reçue en échange (art. 1705 C. civ.)

L'action révocatoire du donateur si le donataire n'exécute pas les conditions de la donation. (art. 954 C. civ.) (1)

Et l'action en résiliation du bail dans les cas des art. 1724, 1729, 1763 à 1765 et 1816 du C. civ.

Quelques auteurs soutiennent même que le principe de l'art. 1184 doit recevoir son application pour tous les contrats à titre onéreux, qu'ils soient imparfaitement synallagmatiques ou unilatéraux. (2) Ainsi il a été admis qu'en matière de prêt, contrat synallagmatique imparfait, l'art. 1184 est applicable. (3) Au contraire, pour la rente viagère le créancier ne peut pas demander la résolution du contrat pour défaut de paiement des arrérages, à moins de convention expresse ou à moins que la rente viagère ait été constituée par donation ou par testament (art. 1978 du C. civ.)

En matière de partage ou de licitation, la résolution ne peut jamais être demandée pour inexécution des conditions, le partage étant déclaratif (4). Toutefois, une clause résolutoire expresse peut être insérée dans cette hypothèse, pour le cas de non paiement d'une soulte ou d'un prix d'adjudication (5). Mais remarquons que l'action en résolution tacite ou expresse ne sera opposable aux tiers que quand le droit à la résolution aura été inscrit au préalable au livre foncier.

Pourtant il existe des actions qui ne sont pas assujetties à inscription, malgré qu'elles opèrent résolution avec effet rétroactif. Ce sont :

L'action en nullité ou en rescision en général pour cause d'erreur, de dol ou de violence (art. 1304 combiné avec les art. 1109 et 1117 du C. civ.).

(1) En ce sens Planiol-Ripert V. N° 328.-Req. 24 janv. 1928, D. 28. 1. 157.

(2) En ce sens Demolombe II, N°s 492 à 494.

(3) Paris, 29 juin 1893, D. 94. 2. 437.

(4) Demolombe II, 507.

(5) Baudry-Lacantinerie et Barde II, N°s 908 et 911.

L'action en rescision d'un partage pour cause de violence, dol ou lésion de plus du quart (art. 887 du C. civ.)

L'action en rescision de la vente pour cause de lésion de plus de sept douzièmes (art. 1674 du C. civ.)

L'action en réduction ou revendication des héritiers réservataires ascendants et descendants dont la réserve a été entamée (art. 929 et 930 du C. civ.)

En raison de la nature même de la nullité, qui est d'ordre public, ces actions n'ont pas à être inscrites au livre foncier. D'ailleurs pour l'action en réduction nous avons un texte, c'est l'art. 136 de la loi locale qui dit expressément « que les actions en réduction ne pourront être exercées contre les tiers ayant acquis avant la mise en vigueur de la législation civile française des droits réels sur les immeubles donnés conformément à la loi locale ». Il s'en suit que l'action en réduction contre les tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble après le 1er janvier 1925, sera toujours recevable, sans que l'inscription de la restriction au droit de disposer soit nécessaire. L'art. 136 a d'ailleurs été diversement interprété. Suivant une première opinion, à laquelle nous nous rallierons, qui est soutenue par Monsieur le Doyen Duquesne, Messieurs Niboyet et Degand et qui est adoptée par le Tribunal de première instance de Colmar dans un jugement du 17 avril 1929, la disposition de l'art. 136 signifie que le législateur de 1924 a voulu que les règles françaises sur la réserve fussent intégralement appliquées dans les successions ouvertes depuis le 1er janvier 1925, même si les libéralités atteintes par ces règles étaient antérieures à cette date (1). Suivant

(1) V. Etude de M. le doyen Duquesne « La réserve héréditaire dans le droit transitoire d'Als. et de Lorr. » p. ds. la Rev. Jur. d'Als.-Lorr. Août 1932 et ledit jugement du 17 avril 1929 dans la même Revue 1931 p. 80 avec la note de Me Degand citant une consultation de M. Niboyet.

une autre opinion, au contraire, soutenue par Monsieur Nast et consacrée par un arrêt de la Cour d'Appel de Colmar en date du 12 novembre 1930, la prescription de l'art. 136 ne peut en l'absence d'une disposition expresse de la loi, s'appliquer qu'aux libéralités révocables, sinon elle aurait pour résultat de porter atteinte à des droits acquis (1). (V. infra Sect. 4).

2. — QUELLES SONT LES RESTRICTIONS RÉSULTANT DE L'ARTICLE 1184 ?

Ce sont les mêmes que celles résultant de la condition résolutoire expresse. La résolution, une fois prononcée, a un effet rétroactif et les choses sont remises au même et semblable état, que si le contrat n'avait pas existé (2). En conséquence, les actes de disposition faits, et les droits mêmes légitimement acquis par les tiers sur la chose, sont considérés en principe comme nuls et non avenus. Cependant, dans le droit local des mesures ont été prises dans le but de protéger les droits des tiers ayant été de bonne foi. Ainsi l'action en résolution ne peut leur être opposée lorsqu'ils auront conservé leurs droits conformément à l'art. 40 de cette loi. Dans le système des autres départements au contraire, la résolution prononcée en justice produit ses effets à l'égard de toutes personnes, même à l'égard des tiers, bien que ces derniers n'avaient eu aucun moyen de savoir si la personne avec laquelle ils ont traité avait oui ou non exécuté son contrat (3). Une protec-

(1) V. note de M. Nast sous l'arrêt du 12 nov. 1930, D. 1931.2.119 et thèse de Mlle Schlange « Conflits dans le temps en droit civil entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace-Lorraine ». Strasbourg 1932.

(2) Planiol II, N° 1320.

(3) Demolombe II, N° 505. — Baudry-Lacantinerie et Barde II, N° 944 ss.

tion tout à fait exceptionnelle est édictée par l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855. En vertu de ce texte, et en cas de vente seulement, l'action résolutoire ne peut plus être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers, qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver (1). Est-ce que ce texte est applicable en Alsace-Lorraine? Il faut répondre par la négative. En effet, en vertu de la prescription générale de l'art. 38 g) l'inscription du droit à la résolution d'un contrat synallagmatique ne sera pas liée à l'inscription du privilège du vendeur. Mais le décret du 18 novembre 1924 nous ramène vers la législation française en ce sens que l'art. 45 du décret prescrit qu'en cas de radiation d'office du privilège du vendeur par suite du non-renouvellement de l'inscription, il y a lieu de radier également l'inscription du droit à la résolution (2).

L'effet rétroactif de la condition résolutoire est donc une source de dangers pour les affaires qui se traitent dans le droit des départements d'outre-Vosges. L'inconvénient n'est pas seulement pour les tiers, mais il retombe indirectement sur le propriétaire lui-même, avec lequel on refuse de traiter. Aussi la loi française a-t-elle atténué cet inconvénient en déclarant que certaines causes de révocation n'étaient point opposables aux tiers acquéreurs. Il en est ainsi pour le rapport des immeubles à la succession (art. 859 C. Civ.), la révocation des donations pour cause d'ingratitude (art. 958 C. civ.) et pour l'action paulienne qui ne peut atteindre les acquéreurs à titre onéreux de bonne foi. Mais ces exceptions sont les seules qui peuvent être

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde II, Nos 941 et 942.
(2) Rép. Niboyet I, p. 215.

admises et la jurisprudence s'est bien gardée de les multiplier (1).

3. — COMMENT S'OPÈRE LA RÉSOLUTION ?

La résolution tacite résultant de l'art. 1184 ne se produit pas de plein droit. Elle doit être demandée en justice par la partie qui entend s'en prévaloir et bien que celle-ci ait fait inscrire son droit à la résolution conformément à l'art. 38 g) (2). C'est d'ailleurs seule cette partie, ses héritiers ou successeurs universels qui pourront demander la résolution. Les tiers ne peuvent en aucun cas la requérir.(3) Remarquons qu'aucune mise en demeure n'est nécessaire tout au moins d'après l'opinion dominante (4). Ce principe a d'ailleurs été consacré par la jurisprudence quand la résolution pour inexécution des conventions est demandée en matière de vente (5). Les juges du fond ont, à cet effet, plein pouvoir pour apprécier, d'après les circonstances de la cause, contre qui, ou au profit de qui, la résolution doit être prononcée. Lorsque les parties auront convenu que la résolution aura lieu de plein droit, cette convention qui n'est contraire ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs, doit être considérée comme parfaitement efficace.

Est-ce que la résolution sera toujours obtenue en justice dans le cas d'inexécution des conditions ?

En principe, oui, si l'inexécution est totale et se réfère à une condition essentielle de la convention. C'est aux juges qu'il appartient de rechercher dans les

(1) Req. 11 fév. 1900, S. 1900.1.449 note Tissier.
(2) Planiol II, N° 1315.
(3) Laurent XVII, N° 142.
(4) Laurent XVII, N° 132.
(5) Cass. 15 nov. 1887, D. 88.1.120.

termes de la convention et dans l'intention des parties quels sont les engagements corrélatifs et la cause déterminante du contrat. L'inexécution d'un engagement accessoire ne permet pas de demander la résolution, mais donne seulement ouverture à une action en dommages intérêts (1). La résolution n'est pas encourue quand l'obligation n'a pas été exécutée par la faute du créancier, par ex. lorsque celui-ci n'a pas voulu recevoir la somme due (2). Mais notons que l'action résolutoire est ouverte aussi bien dans le cas où l'un des contractants n'exécute pas son obligation par suite d'une négligence ou d'une faute, que dans celui où il en est empêché par cas fortuit ou par force majeure (3). Reste que, dans ce dernier cas, la résolution n'est pas encourue si le contrat a été exécuté partiellement (4). De même, en matière de dispositions testamentaires, le legs ne devient pas caduc lorsque l'inexécution des conditions imposées au légataire provient de la force majeure.

4. — QUEL ÉTAIT LE SYSTÈME SOUS L'EMPIRE DU B. G. B. ?

La condition résolutoire n'existait pas sous l'empire du B. G. B. Nous avons vu que le § 925 du code civil allemand interdit toute dessaisine faite à terme ou sous condition en matière de transfert de propriété. En conséquence, si celui qui acquiert un immeuble sous condition résolutoire et qui est inscrit au livre foncier, aliène l'immeuble, le sous-acquéreur ne pourra être

(1) Si la partie a opté pour la résiliation du contrat elle ne pourra plus réclamer de dommages-intérêts à moins que l'autre partie ait agi « contre toute loyauté ou confiance réciproque » Arrêt. C. Colmar, 20.5.25, Gaz. Pal. N° 20 mai 1928. Amiens, 3 août 1881, D. 82.2 42.

(2) Laurent XVII, N° 125.

(3) Cass. 3.8.1875, D. 75.1.409. Demolombe II, N° 497.

(4) Cass. 27.3.1882, S. 32.1.290.

inquiété en cas de survenance de la condition. Seule l'inscription d'une prénotation ou d'une hypothèque permettrait de sauvegarder le droit de l'aliénateur sous condition. Les §§ 325 et ss. du B. G. B. autorisent toutefois la partie de se retirer du contrat si l'autre partie n'exécute pas son engagement. Mais ce retrait « Rücktritt » n'a pour effet que d'obliger les parties à se faire réciproquement trait pour trait les prestations rétablissant l'état des choses antérieur. Notons que le § 25 de la loi d'exécution de la G. B. O. avait transformé en un simple droit de retrait la condition résolutoire constituée en Alsace-Lorraine avant l'introduction du B. G. B.

TROISIÈME SECTION

LE DROIT A LA RÉVOCATION D'UNE DONATION

A côté du droit à la révocation d'une donation pour cause d'inexécution des conditions, la donation entre vifs peut encore être révoquée pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfant conformément aux articles 953 ss. du code civil.

L'article 38 h) énumère le droit à la révocation d'une donation. Nous avons exposé dans la première section du présent chapitre le droit à la révocation pour cause d'inexécution des conditions ; nous examinerons par conséquent maintenant des autres cas de révocation visés par l'article 38 h).

1°) LA RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE

L'article 955 du c. civ. énumère limitativement les cas de révocation pour cause d'ingratitude.

1. — QUELS SONT CES CAS DONNANT LIEU A L'ACTION EN RÉVOCATION?

En vertu du dit texte, il y a lieu à révocation :

a) Si le donataire a attenté à la vie du donateur.

b) Si le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits ou injures graves.

c) Si le donataire a refusé des aliments au donateur.

a) LE DONATAIRE A ATTENTÉ A LA VIE DU DONATEUR

L'attentat à la vie du donateur doit être un acte fait avec l'intention de tuer, un simple défaut de soins ne serait pas suffisant pour faire tomber la donation. (1) Mais remarquons que l'art. 955 n'exige pas de condamnation comme l'art. 727 du C. civ. pour le cas de l'indignité successorale. Il suffit donc, pour que la révocation soit encourue, que la culpabilité du donataire soit prouvée ; il n'est même pas nécessaire que la tentative d'homicide tombe sous le coup de la loi pénale, l'article 955 veut déjà punir l'intention criminelle. (2)

b) LE DONATAIRE S'EST RENDU COUPABLE ENVERS LE DONATEUR DE SÉVICES, DÉLITS OU INJURES GRAVES

Ce cas, à la différence des autres, embrasse tout un ensemble de faits fort variés. Les sévices sont les mauvais traitements physiques infligés au donateur et non réprimés par la loi pénale. (3) Les injures graves comprennent les outrages et offenses outrageantes contre le

(1) Req. 1er déc. 1885, D. 86. 1. 222. Aubry et Rau XI, § 708 p. 371.

(2) Laurent XIII, Nos 2 et 3. — Colin et Capitant III, p. 803.

(3) Certains auteurs estiment que le mot sévices pouvait s'appliquer aux omissions ou abstentions. (Demolombe XXII No 630) ; (Laurent XIII No 4).

donateur. (1) Enfin les délits sont les actes punis par la loi pénale. (2) La Cour de Cassation a jugé tout récemment un cas fort intéressant. Il s'agissait en l'espèce d'un légataire qui, en sa qualité de mandataire général de la de cujus testatrice, avait négocié à son profit personnel des titres et valeurs appartenant à celle-ci. La Cour a jugé que le légataire a commis le délit de détournement sanctionné par l'article 408 du code pénal. Elle a prononcé la résolution du legs pour cause d'ingratitude c'est-à-dire, pour délit contre les biens du donateur. (3)

c) LE DONATAIRE A REFUSÉ DES ALIMENTS AU DONATEUR

L'étendue du droit alimentaire doit être déterminée suivant les termes de l'article 208 du C. civ. dans la proportion du besoin de celui qui les réclame et de la fortune de celui qui les doit. Remarquons que la loi n'a pas pour but de créer une obligation alimentaire à la charge du donataire. Si donc ce dernier refuse des aliments au donateur, celui-ci ne peut pas demander à la justice de le condamner à lui payer une pension, mais ce qu'il pourra faire c'est d'agir en révocation de la donation. Les juges du fond ont à cet effet un pouvoir très large d'appréciation.

2. — LE DROIT DE RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE EST-IL ASSUJETTI A INSCRIPTION PAR L'ARTICLE 38 h)?

La réponse est donnée par le décret du 18 novembre 1924 art. 25 al. 3 qui dit, que le droit éventuel à la ré-

(1) L'art. 1047 C. civ. admet l'injure grave faite à la mémoire du défunt, mais seulement en matière de legs ou testament. Pour le cas de donation, cette cause de révocation est exclue par l'art. 957 C. civ. En ce sens : Laurent XIII No 9. Déc. Metz, 24 mai 1859, S. 59. 2. 659.

(2) Laurent XIII, No 5.

(3) Cass. Req. 20 oct. 1930. Journ. des Not. et des Avoc. 5 août 1931 p. 625.

vocation d'une donation ne pourra faire l'objet d'une inscription. Ceci s'explique du fait que la révocation ne porte pas préjudice aux tiers qui ont acquis du donataire des droits sur la chose antérieurement à l'exercice de l'action. En effet, l'article 958 C. civ. décide que les droits créés sur les biens donnés au profit d'ayants-cause du donataire ne sont pas résolus par le jugement de révocation, pourvu qu'ils soient antérieurs à la publication de la demande en justice. De la sorte, les droits des tiers sont respectés, les actes d'aliénation et de disposition accomplis par le donataire sur les biens donnés sont maintenus, notamment les hypothèques nées de son chef, à condition toutefois que ces hypothèques soient valablement constituées. (1) Cette absence de rétroactivité est exceptionnelle. Elle se justifie par l'idée de la personnalité de la peine attachée à la révocation.

L'article 951[1] C. civ. veut que la demande en révocation soit seule rendue publique au cas où la donation aurait pour objet des immeubles susceptibles d'hypothèques ou d'autres droits réels. C'est cette solution, qui a passé dans le dit décret de 1924 art. 25 al. 3 infine, qui prescrit la publicité au livre foncier de la demande judiciaire en révocation. C'est seulement de la date à partir de laquelle cette publication a été opérée que les tiers sont avertis du danger qui les menace s'ils traitent avec le donataire et que la révocation leur devient, par conséquent, opposable. Si la loi limite ainsi l'effet rétroactif de la révocation, c'est seulement pour ménager les intérêts des tiers. Mais quand les droits de ceux-ci sont hors de cause, rien n'empêche la révoca-

(1) Aubry et Rau XI. § 708 p. 385. Agen 4 mars 1889, D. 90 2. 181.

tion de rétroagir au jour même de la donation entre les parties. (1)

3. — COMMENT DOIT ÊTRE INTENTÉE L'ACTION EN RÉVOCATION SEULE ASSUJETTIE A LA PUBLICITÉ AU LIVRE FONCIER ?

La révocation pour cause d'ingratitude n'a donc jamais lieu de plein droit (art. 956 du C. civ.) Elle doit être demandée en justice et le juge doit apprécier l'exactitude et la gravité des actes reprochés au donataire. (2) En principe, c'est le donataire seul qui peut l'intenter à l'exclusion de ses créanciers. Quant à ses héritiers, l'action leur est transmise toutes les fois qu'elle n'est pas encore prescrite au moment du décès du donateur. L'article 957 C. civ. nous dit à cet effet, que la demande en révocation doit être intentée dans l'année à compter du jour du délit imputé au donataire ou du jour que le délit aura pu être connu par le donateur. (3) Si le donateur est mort sans connaître les actes commis par le donataire, les héritiers ont un délai d'un an pour intenter l'action à partir du jour où ils auront eu eux-mêmes connaissance de ces actes. Mais si le donateur a connu les faits d'ingratitude avant sa mort, ses héritiers ne doivent jouir que du temps qui reste à courir pour compléter l'année impartie au donateur pour l'exercice de l'action. La fixation de la date est une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges. Une fois que le donataire est mort, l'action en

(1) L'art. 958 al. 2 donne des applications pratiques supposant le principe de la rétroactivité entre les parties.

(2) C'est une application du principe de l'art. 1184 cf. à Planiol.

(3) C'est un délai préfix de déchéance fondé sur l'idée de présomption de pardon. Colin et Capitant III, p. 807.

révocation ne peut plus être admise. Il a été jugé toutefois qu'il est permis de continuer l'action contre les héritiers du donataire qui est décédé pendant le procès (1).

4. — EST-CE QUE TOUTES LES DONATIONS SONT SOUMISES A LA RÉVOCATION POUR CAUSE D'INGRATITUDE?

Le principe du droit à la résolution d'une donation pour cause d'ingratitude subit des exceptions.

Ainsi les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude (art. 959 c. civ.) Cette disposition vise les constitutions de dot faites au profit de l'un des futurs époux, soit dans le contrat de mariage, soit dans un acte séparé. Elle s'explique du fait, que les constitutions de dot ne sont en somme pas de donations, mais constituent des actes à titre onéreux en vue de l'établissement matrimonial. Par conséquent, l'art. 959 ne s'applique pas aux donations faites entre époux, même si la donation est faite dans le contrat de mariage par l'un des futurs époux à l'autre. Toutefois en cas de divorce ou de séparation de corps, l'époux contre lequel le divorce ou la séparation a été prononcé, perd de plein droit par application de l'art. 299 du C. civ. tous les avantages que son conjoint lui avait fait, soit par contrat de mariage, soit postérieurement, et même lorsque la libéralité a été faite par testament.

Les donations passées entre époux sous l'empire du B. G. B. conserveront leur caractère d'irrévocabilité que leur attribue ce code (Art. 140 l. loc.) Toutefois ces donations pourront être révoquées par application de l'article 299 C. civ. Le § 1584 du B. G. B. admet à cet

(1) Bordeaux, 6 mars 1854, Journ. Bordeaux, XXIX, 132

effet l'époux non déclaré coupable de demander la révocation des donations qu'il a faites à son conjoint, pendant les fiançailles ou pendant le mariage. La révocation obtenue ne pourra en principe être opposée aux tiers. Cependant si le tiers avait publié ses droits postérieurement à la prénotation faite par l'époux donateur, il subirait les faits de la révocation, même si celle-ci se trouve basée non sur le § 1584 mais sur l'art. 299.

En vertu de l'art. 139 l. loc., les donations passées sous l'empire du code civil allemand susceptibles de produire leurs effets sous l'empire de la législation nouvelle, ne seront révocables que pour des causes spécifiées par ce code. Les dispositions de l'article 140 de la loi locale sont applicables. A cet effet, nous remarquons que les causes de révocation légales du B. G. B. sont indiquées sous les §§ 528 et ss. Nous n'y trouvons point la révocation pour cause de survenance d'enfant. Mais le B. G. B. connaît d'une façon beaucoup plus large le droit à la révocation pour cause d'ingratitude. Il l'admet non seulement lorsqu'il y a manquement grave contre le donateur lui-même, mais également lorsqu'il y a manquement grave contre ses proches parents.

2°) RÉVOCATION POUR CAUSE DE SURVENANCE D'ENFANT. (1)

Le C. civ. en prohibant les clauses de révocation, vise uniquement les conditions potestatives du côté du donateur. La survenance d'un enfant, condition casuelle ou plus exactement mixte, ne saurait tomber sous le coup de la règle « Donner et retenir ne vaut ». L'article

(1) Fairé : De la révocation pour cause de survenance d'enfant (Th. Caen 1886).

960 en est par conséquent plutôt une application qu'une exception. Cet article dispose que « lorsqu'une donation est faite par une personne qui n'a pas encore d'enfant ou de descendant vivant dans le temps de la donation, celle-ci se trouvera révoquée de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent, s'il est né depuis la donation.

1. — QUELS SONT LES GENRES DE DONATION RÉVOCABLES POUR CAUSE DE SURVENANCE D'ENFANT ?

Il résulte de la formule très large employée par l'art. 960 que toutes les donations quel que soit leur caractère et quelle que soit leur forme, sont révocables pour cause de survenance d'enfant. Ainsi, les donations faites à titre rémunératoire, les donations mutuelles, les donations avec charge, les donations déguisées, les dons manuels, les libéralités indirectes et les institutions contractuelles sont soumis à la révocation (1). Seuls y échappent les cadeaux ou présents d'usage qui sont dispensés du rapport et auxquels ne s'appliquent pas les règles de la libéralité (2). Il n'y a comme exception que les donations faites dans le contrat de mariage par l'un des futurs époux à l'autre (Art. 960 C. civ.) et les donations entre époux pendant le mariage (Art. 1096, al. 3 du C. civ.) (3). Enfin les donations passées sous

(1) V. pour donation déguisée : Req. 9 juil. 1879, D. 81.1.27. V. pour don manuel : Tours, 5 juil. 1881, Gaz. Trib. 18 Sept. 1881. Et pour donation indirecte : Colmar, 7 juil. 1848, D. 50.2.181.

(2) Req. 7 mars 1911, D. 1913. 1. 404.

(3) Notons qu'une exception purement apparente se trouve encore indiquée dans l'art. 960 qui dit que les donations faites par des ascendants aux conjoints ou à l'un d'eux sont irrévocables. En effet, l'ascendant-donateur a au moins un enfant vivant qui est le donataire.

l'empire du B. G. B. susceptibles de produire leurs effets sous l'empire de la législation nouvelle, ne seront pas révoquées pour cause de survenance d'enfant, le B. G. B. ignorant cette cause de révocation.

2. QUELLES SONT LES CONDITIONS POUR QUE LA DONATION SOIT RÉVOQUÉE?

Les conditions requises sont au nombre de deux :

1) Il faut que le donateur n'ait pas d'enfant légitime ou légitimé ou d'autres descendants vivants au jour de la donation. L'existence d'un enfant naturel ou adoptif n'empêchera certainement pas la révocation. Quand il existe un enfant simplement conçu au temps de la donation, on considère le donateur comme étant sans enfant. Il en résulte que la naissance de cet enfant après la donation opèrera sa révocation. (1)

2) Il faut qu'un enfant légitime soit né postérieurement à la donation, fût-ce après le décès du donateur, ou que celui-ci légitime par mariage subséquent un enfant naturel né depuis la donation. L'enfant doit naître vivant et viable. Par conséquent, ne serait pas considéré comme une naissance le retour d'un absent.

3. — QUELS SONT LES EFFETS DU DROIT A LA RÉVOCATION INSCRIT CONFORMÉMENT A L'ART. 38 h?

Par l'effet de la survenance d'un enfant, le droit de propriété du donataire est rétroactivement effacé. (Art. 963 du C. civ.) Les biens donnés rentreront dans le patrimoine du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donateur. La rétroactivité est même si forte que si les biens donnés à l'Etat sont entrés dans le domaine public, l'inaliénabilité de ce domaine

(1) Colin et Capitant III, p. 811.

ne fait pas obstacle à la restitution. (1) La loi prend même soin de décider que les biens ne seront pas affectés même subsidiairement à la garantie de la dot, ni des reprises et actions matrimoniales de la femme du donataire, et celà contrairement à la règle édictée pour le retour conventionnel. Cependant la rétroactivité ne pourra être opposée au tiers qu'à partir de l'inscription du droit à la révocation sous forme de restriction au droit de disposer. Cette inscription peut être effectuée dès l'inscription de la propriété ou du droit faisant l'objet de la donation. Elle peut être requise dans la suite jusqu'au moment de la naissance de l'enfant, mais à partir de cette date, cette inscription n'est plus nécessaire, car la naissance est un fait qui rend désormais inutile la prescription édictée par l'art. 38 h) (Art. 25 al. I D. 18 nov. 1924).

4. — COMMENT OPÈRE LA RÉVOCATION ?

D'après l'art. 960 du C. civ., la donation est révoquée par la loi elle-même de plein droit. Elle est anéantie sans qu'il soit besoin d'une décision de justice et sans même que le donateur puisse s'opposer à cet anéantissement. En effet, toute clause ou convention, par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant, sera regardée comme nulle et ne produira aucun effet (Art. 965). (2) La mort de l'enfant du donateur, dont la naissance a entraîné la révocation, ne ferait pas revivre celle-ci, ni aucun acte confirmatif de la part du donateur. Si celui-ci persiste dans son intention de gratifier le donataire, il ne pourra le faire que par une nouvelle libéralité.

(1) Paris, 16 avril 1926, D. 1927. 2. 127.
(2) Paris, 1er avril 1851, D. 53. 2. 37.

Aucune action n'est nécessaire pour résoudre la donation. La révocation est d'ordre public et a lieu de plein droit par le fait même de la naissance d'un enfant. (1) Cependant, ce n'est pas à dire qu'aucune action ne s'engagera pas en justice. Le donataire pourra contester la cause de révocation, il pourra refuser de restituer les biens reçus et il y aura lieu à intenter dans ces cas une action en restitution. L'action en restitution se prescrit par une possession de 30 ans. En principe, cette possession devrait commencer au moment de la naissance du premier enfant. Mais l'article 966 du C. civ. déroge ici au droit commun et décide que la prescription ne courra au profit du donataire que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume. Remarquons que, quand même l'action en restitution se trouve éteinte par la prescription accomplie au profit du donataire, ce dernier sera propriétaire non pas en vertu d'un titre nouveau, mais toujours comme donataire. La donation restera donc soumise à la réduction, à la révocation pour cause d'inexécution des charges ou à la révocation pour cause d'ingratitude et au rapport en nature à la succession.

QUATRIÈME SECTION

LE DROIT AU RAPPORT EN NATURE D'UNE DONATION

Le rapport des immeubles donnés doit, en principe, se faire en nature. Cette formule rigoureuse a été consacrée par le Code civil dans son article 859. Elle s'ex-

(1) Il en résulte que la révocation peut être invoquée la première fois en appel : Bordeaux 22 Mars 1899, D. 1900.2.72.

plique en raison de la prééminence de la fortune immobilière à l'époque du Code civil et n'a actuellement plus de raison d'être. On concevrait, par conséquent, que le rapport en moins prenant plus souple et plus favorable à la libre circulation des biens, devint la règle générale quelle que soit la nature des biens donnés. (1)

1. — QUELLES SONT LES LIBÉRALITÉS SOUMISES AU RAPPORT EN NATURE ?

L'art. 843 C. civ. oblige l'héritier donataire de rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, directement ou indirectement. Il en résulte de la formule générale du texte, que sont soumises au rapport toutes les donations, soit qu'elles sont faites dans la forme normale, directement et par acte authentique, soit qu'elles sont faites dans la forme déguisée d'une vente ou autrement. (2) Ce dernier genre d'opération est très fréquent et les juges du fond ont à cet effet un pouvoir très large d'appréciation. Citons comme exemple un arrêt récent du Tribunal de Première Instance de Strasbourg. Il s'agissait en l'espèce d'un père de famille qui a vendu plusieurs immeubles à quelques-uns de ses enfants. Lors de son décès, on prétendait que les actes de vente constituaient en réalité des donations déguisées, parce qu'elles avaient eu lieu moyennant des prix dérisoires et l'on réclamait par conséquent le rapport en nature des immeubles vendus. Le Tribunal a débouté le demandeur en observant que le fait de céder des immeubles à des prix avantageux

(1) La Commission extraparlementaire du cadastre, dans son avant-projet sur l'institution des livres fonciers, en avait accepté le principe dans son procès-verbal fascic. 9 p. 846.

(2) Les donations rémunératoires ou onéreuses sont rapportables dans la mesure où elles conservent un caractère réellement gratuit. V. Timbal : Des donations rémunératoires ; thèse, Toulouse, 1925 page 208 s.

n'équivaut pas encore à une donation susceptible de rapport en nature. (1) Notons que le rapport en nature n'est pas d'ordre public et le disposant pourra toujours permettre au donataire d'effectuer le rapport de l'immeuble en moins prenant. Il évitera ainsi les effets fâcheux que comporterait la résolution des droits consentis par le donataire sur l'immeuble. Remarquons que cette clause est devenue presque de style dans toutes les donations notariées.

2. — QUELS SONT LES EFFETS DU DROIT AU RAPPORT INSCRIT CONFORMÉMENT A L'ART. 38 i?

Le rapport en nature emporte les effets d'une condition résolutoire, l'immeuble se réunit à la masse successorale franc et quitte de toutes les charges créées par le donataire (Art. 865 C. Civ.) Bien que la loi ne parle que des charges *créées* par le donataire, la résolution fait évanouir également les charges *établies* du chef du donataire comme par exemple l'hypothèque légale à laquelle l'immeuble rapporté serait assujetti. Ces effets ne remontent vis-à-vis des tiers qu'à l'époque de l'inscription du droit du rapport en nature conformément à l'article 38 i) de la loi locale. Par conséquent l'héritier qui demande le rapport ne pourra faire tomber les droits réels consentis par le donataire, que si son propre droit est inscrit au livre foncier avant que le tiers ait lui-même fait inscrire le sien. Il résulte de là un grave danger pour les tiers acquéreurs de droits sur l'immeuble rapportable. Afin de l'atténuer, la loi permet aux intéressés, notamment aux créanciers hypothécaires, d'intervenir au partage pour s'opposer à ce que le rapport se fasse en fraude de leurs droits. Leur in-

(1) Jug. du 6 déc. 1929, Rev. Jur. d'Als.-Lorr. mai 1930, No 5, avec une note de Me Degand.

tervention a pour but d'obtenir que l'immeuble soit remis dans le lot du donataire. De cette façon la propriété de celui-ci résolue provisoirement par l'effet du rapport, se trouve restaurée par l'effet déclaratif du partage.

La règle qui prescrit le rapport en nature des immeubles est générale, mais non absolue. En ce qui concerne les aliénations, l'article 860 du Code civil oblige l'héritier débiteur d'effectuer le rapport en moins prenant et ce malgré l'inscription faite conformément à l'art. 38 i (1) L'art. 860 suppose une aliénation antérieure au décès du donateur. L'aliénation postérieure ne serait pas opposable aux co-héritiers, la propriété de l'aliénataire s'étant trouvée résolue de plein droit par le décès de son auteur.

3. — COMMENT SE COMPORTENT LES ART. 73 ET 136 (L. LOC.) VIS-A-VIS DU DROIT AU RAPPORT EN NATURE INSCRIT?

L'article 73 de la loi locale apparaît au premier abord comme une autre exception au principe du rapport en nature, lorsqu'il s'agit d'immeubles faisant partie d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale. Mais à regarder de plus près, il semble bien que le dit article 73 suppose pour être applicable une libéralité par préciput et hors part, et ne soit donc qu'une dérogation aux règles du Code civil en matière de réduction (2). L'article 136 (l. loc.), par contre, paraît devoir être étendu à la matière du rapport. Ce texte ne vise que les actions en réduction décidant que celles-ci ne pourront être exercées contre les tiers qui ont acquis des

(1) En ce sens Rép. Niboyet, I. p. 216, N° 53.

(2) V. en ce sens thèse de M. Blas : « De la transmission héréditaire intégrale d'une exploitation en Als-Lorr. ». Strasbourg 1927.

droits réels sur l'immeuble avant le premier janvier 1925 et conformément à la loi en vigueur à cette époque. La même solution est à donner pour l'exercice du rapport en nature des immeubles, le B. G. B. ne connaissant pas ce rapport. En effet, les dispositions régissant les rapports dans une succession ouverte après l'introduction du Code civil étant celles de ce code, il n'y a donc aucune raison de protéger seulement les tiers atteints par une action en réduction et de ne pas les protéger vis-à-vis de l'article 865 du Code civil (1). Remarquons qu'à ce sujet la question suivante se pose : L'art. 136 vise-t-il toutes les donations même celles qui sont passées sous l'empire du B. G. B.?

Il nous semble qu'il faut répondre par l'affirmative (V. supra Sect. II). En effet, les héritiers, donataires et légataires ne sauraient avoir un droit acquis aussi longtemps que le donateur est vivant. D'ailleurs, la volonté du législateur de 1924 ne laisse aucun doute à ce sujet. (2) L'art 135 dispose expressément que les successions ouvertes avant le 1er janvier 1925 seront exclusivement réglées et liquidées d'après la loi locale, sauf une légère exception relative à la capacité de la femme mariée. Il en résulte, que les successions ouvertes depuis le 1er janvier 1925 seraient réglées et liquidées d'après la loi française. En outre, nous pouvons faire valoir que le législateur de 1924, appelé à faire un travail analogue à celui que le législateur allemand avait dû accomplir lors de l'introduction du B. G. B., c'est ici inspiré des précédents que lui fournissait la loi

(1) V. en sens contraire la circ. min. du 1er déc. 1924 qui le nie, parce que pour toute donation antérieure au 1er janv. 1925 il y aurait lieu de présumer que le donateur s'est référé au B. G. B., notamment au § 2050 qui serait applicable conformément à l'art. 99 l. loc.

(2) Roubier : Les conflits de lois dans le temps, I (1929) p. 289-290.

allemande. Or, la doctrine et la jurisprudence allemandes (1) ont été d'accord de décider que la loi nouvelle (le B.G.B.) était applicable aux successions ouvertes sous son empire et qu'en particulier, les règles nouvelles sur la réserve étaient opposables à toutes les libéralités faites sous le régime de la loi ancienne. Les travaux préparatoires de l'art. 136 confirment d'ailleurs la volonté du législateur telle qu'elle résulte déjà des textes. L'exposé des motifs dit en effet : « L'art. 136 suppose que le de cujus avait sous l'empire du B. G. B. fait des donations, qui, d'après la loi locale, (B. G. B.) auraient échappé au rapport ou à la réduction pour atteinte à la réserve, qui, en tout cas, n'auraient pas été soumises au rapport en nature, inconnu jusqu'alors. L'application des lois françaises va peut-être faire tomber rétroactivement ces donations. On a estimé que dans les relations entre les héritiers, légataires et donataires, l'application des règles de notre loi s'imposait ; elles sont essentiellement d'ordre public et doivent être mises en vigueur pour toute succession ouverte désormais ; tant que le décès de leur auteur ne s'est pas produit, il n'y a pas de droit acquis. Mais il en est différemment des tiers qui ont contracté avec le donataire . . . » Il en résulte par conséquent qu'aucun bénéficiaire de libéralité n'a de droit acquis à l'encontre de l'héritier qui exerce le rapport où la réduction. Cette volonté du législateur est expressément déclarée dans les art. 137 et 138 relatifs aux dispositions à cause de mort ; elle est implicitement manifestée dans l'art. 136 pour les donations (2).

(1) V. arrêt de principe du tribunal d'Empire du 9 février 1903 dans R. G. B. 54 p. 241 ; conf. à Staudinger § 2303 B. G. B. p. 711.

(2) En ce sens : M. le Doyen Duquesne « La réserve héréditaire dans le droit transitoire d'Alsace et de Lorraine », ds. la Rev. Jur. d'Als.-Lorr. août 1932. p. 468.

CINQUIÈME SECTION

QUELLES SONT LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER LÉGALES NON MENTIONNÉES PAR L'ARTICLE 38 f à i ?

Ce sont celles résultant notamment : 1) Du retrait d'indivision, 2) du retrait successoral, 3) de la donation cumulative des biens présents et à venir, 4) de la donation entre époux, 5) de l'institution contractuelle et 6) du régime dotal, que nous allons examiner ci-après.

1. — DU RETRAIT D'INDIVISION (art. 1408 al. 2 C. civ.)

L'hypothèse visée par ce texte est la suivante :

La loi suppose que la femme étant copropriétaire d'un immeuble avec un tiers, le mari se rend acquéreur de cet immeuble pour le compte de la communauté (1). Le retrait d'indivision permet dans ce cas à la femme de retirer l'immeuble de la communauté. Tant que la femme n'a pas exercé le retrait, l'immeuble est considéré comme un conquêt, et il resterait définitivement conquêt, si la femme laissait s'écouler trente ans depuis la dissolution du mariage sans prendre de décision. Dans le cas où, au contraire, la femme use du retrait d'indivision, l'immeuble perd sa qualité de conquêt, pour prendre celle de propre de la femme. Cet effet se produit rétroactivement à la date de l'acquisition faite par le mari. En conséquence, les aliénations faites

(1) L'art. 1408 suppose que l'immeuble a été payé par les deniers de la communauté. Mais la jurisprudence a étendu ce texte à tous les régimes. Aussi ne saurait-on hésiter à l'appliquer au cas où le mari a acquis l'immeuble avec ses biens propres. (Planiol-Ripert VII, p. 295.)

par le mari sont anéanties, et la femme prend l'immeuble franc et quitte de toutes charges réelles nées du chef du mari (1).

La restriction est-elle sujette à inscription ?

Dans le système des autres départements, aucune inscription spéciale n'est requise. Le droit de la femme résulte de l'origine de propriété de l'acte d'acquisition transcrit, que les tiers ont à vérifier. Dans la période du Zwischenrecht, le législateur a assujetti le droit de retrait appartenant à la femme, à inscription spéciale au livre foncier, pour pouvoir l'opposer au tiers. C'est donc cette solution qui doit encore l'emporter aujourd'hui (2).

2. — DU RETRAIT SUCCESSORAL (art. 841 C. civ.)

En ce qui concerne le retrait successoral, nous pouvons donner la même solution que pour le cas précédent.

L'article 841 du C. civ. permet à un successible d'écarter du partage de la succession une personne qui n'y est pas appelée et à laquelle un cohéritier a cédé sa part héréditaire. Le retrait successoral opéré joue le rôle d'une véritable expropriation pour cause d'utilité privée. Le retrayant est substitué aux lieu et place du cessionnaire, qui est considéré n'avoir jamais été propriétaire de la part cédée (3) Les droits réels consentis par le cessionnaire sur cette part sont résolus rétroactivement vis-à-vis des tiers, sous réserve de la publication du droit à la résolution au profit des cohéritiers conformément à l'art. 38 g l. loc.

(1) Colin et Capitant III, p. 83, Aubry et Rau VIII, § 507.
(2) V. Molitor-Stieve p. 341. — En ce sens Rep. Niboyet I, p. 214.
(3) V. Aubry et Rau X § 621. Planiol T. IV. p. 667.

3. — DE LA DONATION CUMULATIVE DES BIENS PRÉSENTS ET A VENIR (art. 1084 C. civ.)

La donation cumulative des biens présents et à venir est consacrée par le Code civil dans son article 1084. Les restrictions au droit de disposer qu'elle emporte vis-à-vis du donateur varient suivant l'option exercée par le donataire. Si la donation est acceptée comme donation de biens à venir, le donataire se trouve à tous égards dans la situation de l'héritier contractuel. (Voir infra N° 5). Si le donataire, par contre, opte pour les biens présents, il prend les biens existants au jour de la donation et ceux-là seulement. Il en résulte, qu'il n'a pas à subir l'effet des aliénations consenties par le donateur, car il est réputé avoir été propriétaire des biens présents dès le jour de la donation. Il n'est tenu au paiement des dettes que dans la mesure où elles sont constatées dans l'état prévu par l'article 1084 et dont la confection est la condition indispensable de son option en ce sens. (1).

L'inscription de la restriction est-elle nécessaire?

Sans nul doute, puisque le Code civil exige déjà la publication de toute donation dans l'article 939. La restriction ne sera donc opposable aux tiers qu'à partir de l'inscription du droit résultant de l'article 1084 au profit du donataire. Celà est conforme à la solution donnée par le législateur de la période intermédiaire (2).

4. — DE LA DONATION ENTRE ÉPOUX (art. 1096 C. civ.)

Les donations entre époux sont essentiellement révocables en vertu de l'article 1096 du Code civil. La

(1) Aubry et Rau XI, § 740 p. 702. Planiol-Ripert V. p. 848.

(2) Molitor-Stieve p. 341. — En ce sens Rép. Niboyet I, p. 214.

révocation atteint les tiers en détruisant rétroactivement le titre du donataire. Le danger est d'autant plus grave que la faculté de révocation est d'ordre public. Le donateur n'a pas à rendre compte de ses raisons (1). Aucune convention ne peut le priver de son droit (2). Même lorsque la donation entre époux aura été faite sous une forme détournée, la jurisprudence a toujours annulé ces donations faites pour cacher le vrai caractère de la libéralité (3).

Est-ce que le droit à la révocation doit être inscrit?

Il est permis de douter. Les articles 939 C. civ. et suivants ne prévoient aucune publicité pour ce cas. Remarquons que l'article 38, h, prévoit l'inscription du droit à la révocation d'une donation, et il semble bien que ce texte ne vise non seulement les 2 causes de révocation que nous avons étudiées ci-dessus, (voir supra Sect. III), mais également le droit à la révocation de l'époux donateur. La publicité ne fait d'ailleurs aucun doute pour les restrictions résultant des donations faites entre époux par contrat de mariage conformément aux articles 1092 et 1093 du Code civil. Nous nous rallierons par conséquent à la même solution qui est également conforme à l'histoire et à l'opinion de Monsieur Niboyet.

5. — DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE (art. 1082 C. civ.)

L'institution contractuelle prévue par l'art. 1082 du Code civil emporte les restrictions au droit de disposer suivantes : Le gratifiant ne peut plus faire de disposi-

(1) Lille, 26 mars 1932, ds. Rec. civ. et not. 5 déc. 1932, p. 540.

(2) En ce sens Josserand III, 1816 ; Baudry-Lacantinerie et Colin II, 4015. (En sens contraire Demolombe et Boudry).

(3) Colmar 28 mars 1928, D. 29.2.84 avec une note de M. Desbois.

tions gratuites entre vifs ou par testament au préjudice de l'institué, (art. 1083) (1). Toutes les libéralités à quelque titre que ce soit sont interdites et la nullité peut être invoquée par tout intéressé, même par le gratifiant. L'article 1083 fait toutefois exception pour « les sommes modiques à titre de récompense ou autrement », c'est-à-dire quand il n'y a pas en réalité de libéralité. Remarquons que les libéralités sont possibles dans la mesure où elles ne portent pas atteinte aux droits de l'institué. Ainsi, si l'institution contractuelle porte par exemple sur le quart de la succession, l'instituant pourra toujours disposer par acte à titre gratuit des 3 autres quarts de la succession (2). Mais la loi, prohibant seulement le droit de disposer à titre gratuit, conserve par contre intact le droit de disposer à titre onéreux. Par conséquent, l'instituant peut vendre, échanger et hypothéquer ses biens et cette liberté d'action par convention à titre onéreux lui permet en fait des fraudes contre l'institué. Cependant si la fraude est prouvée, l'acte sera annulé (3).

Est-ce que la restriction est assujettie à inscription ?

Nous ne le croyons pas, et cela pour différentes raisons. Comme il s'agit des immeubles présents et futurs, que le gratifiant laissera au jour de son décès, l'inscription n'est guère réalisable. D'ailleurs la situation est assez semblable à celle du disposant qui a laissé des héritiers réservataires, et nous pouvons donc appliquer la même solution donnée pour l'action en réduction.

(1) Même si l'institué donne son consentement, celui-ci serait nul comme pacte sur succession future. (V. cep. Requ. 16 févr. 1852. D. 52.1.294).

(2) Si les biens donnés contractuellement sont nettement individualisés, ils ne peuvent être donnés à d'autres. (Requ. 7 juin 1832, S. 32.1.839).

(3) La donation qui déguise une vente sera nulle. (Limoges, 13 mai 1895, D. 98.2.397).

Il en résulte que l'action de l'institué comme celle de l'héritier réservataire est toujours recevable contre les tiers, sans que ceux-ci ont été prévenus par une inscription. (1) C'était la solution qui a prévalu également dans la période intermédiaire. (2)

6. — DE L'ADOPTION DU RÉGIME DOTAL (art. 1554 C. civ.)

L'adoption du régime dotal comme base de l'union des futurs époux comporte pour ceux-ci les restrictions au droit de disposer suivantes: Les immeubles constitués en dot ne peuvent en principe être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement (3). La règle a une portée générale. Tout acte qui a pour conséquence de diminuer la dot immobilière est interdit pour les époux (4). D'ailleurs, la loi ne parle que des hypothèques sans d'ailleurs distinguer entre les hypothèques conventionnelles, légales ou judiciaires, mais il n'est pas douteux que l'article 1554 interdit la constitution d'un droit réel quelconque. Remarquons que la sanction de l'inaliénabilité est une nullité relative qui a pour but de protéger la femme ; donc, seule la femme ou ses héritiers peuvent intenter l'action en nullité. Si le mari l'intente, il n'agit qu'en sa qualité d'administrateur des biens dotaux.

L'inscription de la restriction est-elle nécessaire?

La solution négative ne fait aucun doute. Elle avait déjà prévalu dans la loi du 22 Juin 1891. En outre,

(1) En ce sens Rép. Niboyet. p. 214.

(2) Molitor-Stieve p. 342 et 343.

(3) La règle est reproduite par l'art. 7 al. 2 du C. de com. pour les femmes commerçantes.

(4) Pour les actes permis voir art. 1555 et 1557 C. civ.

on peut faire valoir que l'article 38 f) ne vise que les restrictions résultant d'actes translatifs de droits, or la femme dotale conserve la propriété de ses immeubles dotaux. Ensuite et surtout, le registre matrimonial maintenu en vigueur par l'art. 29 de la loi locale renseignera suffisamment les tiers sur les clauses du contrat de mariage et le régime des époux, (art. 30) ; il est donc parfaitement inutile de procéder à une seconde publication par le livre foncier (1).

Des restrictions au droit de disposer non sujettes à inscription peuvent également résulter des actions en nullité pour vice de consentement et lésion et des actions en réduction des héritiers réservataires (V. notre solution supra Sect. II). Ajoutons encore le décret du 9 août 1931 qui a introduit la loi du 2 mai 1930, réorganisant la protection des monuments naturels et des sites. En vertu de ces textes, l'inaliénabilité d'un immeuble classé ne sera opposable aux tiers qu'à partir de son inscription au livre foncier opérée à la diligence de l'Administration des beaux-arts.

---

(1) Planiol-Ripert IX p. 585. — Pour les époux non domiciliés en Alsace-Lorraine, il suffira de la publicité organisée par le Code civil.

TROISIÈME PARTIE

DE LA PROCÉDURE DE L'INSCRIPTION

GÉNÉRALITÉS (1)

En ce qui concerne l'inscription des droits et restrictions au droit de disposer, le législateur de 1924 a fait une œuvre de transaction qui nous ramène, en somme, à peu de choses près au système qui avait été établi, en Alsace-Lorraine, par la loi du 22 juin 1891. Les trois livres fonciers que nous avons étudiés dans notre 1re partie ont été maintenus comme registres de publicité, mais toute différence entre eux a été supprimée. Ils sont tenus au Tribunal Cantonal selon les règles fixées par décret et sont connus désormais sous le nom de « livre foncier » (2).

La loi du 1er Juin 1924 a conservé du système législatif allemand :

1) Le principe de la publicité intégrale, publicité qui se fait par inscription et jamais par transcription sur un feuillet unique tenu en Alsace-Lorraine, non pas par parcelles (système du feuillet réel), mais par nom des personnes (système du feuillet personnel). 2) Et le

(1) V. le régime foncier et hypothécaire dans la loi d'introduction, dans « L'Introduction du Droit Civ. français » par Me Degand p. 100. — V. Morel p. 131.

(2) V. les décrets du 18 novembre 1924 et 14 janvier 1927 abrogeant l'ancienne G. B. O.

principe du contrôle préalable à exercer par le juge du livre foncier (V. infra 3me section).

Mais la loi locale a écarté deux autres principes du droit allemand savoir : 1) le principe de la nécessité de l'inscription pour le transfert de la propriété, ou la constitution d'un droit réel même entre les parties ; 2) et le principe de la force probante de l'inscription.

Elle a fait concilier ainsi, comme jadis la loi du 22 juin 1891, l'institution du livre foncier, désormais considéré comme simple registre de publicité, avec le principe fondamental de l'article 1138 du Code civil, sur le transfert inter partes par l'effet de la convention. Le régime foncier actuel comporte donc inscription des droits en général et non plus des actes. Elle est effectuée non plus par la copie intégrale dans les registres de publicité, mais par une mention sommaire du droit réel formant l'objet de la constitution et du transfert. C'est pourquoi l'article 38 de la loi du 1 juin 1924 a assujetti spécialement à inscription les restrictions au droit de disposer insérées dans un acte d'aliénation ou découlant de tous autres actes. De cette sorte, les intérêts des tiers se trouvent sauvegardés et ceux-ci sauront lorsqu'ils traiteront avec le propriétaire d'un droit réel inscrit, si ce dernier en est propriétaire intégral ou restreint dans les droits de disposer.

Nous allons examiner en cinq sections :

1) des personnes autorisées ou chargées de faire cette inscription,

2) de la requête aux fins d'inscription,

3) du rôle du préposé au livre foncier à ce sujet,

4) du lieu et du rang des inscriptions,

5) des tiers auxquels les restrictions inscrites sont opposables.

PREMIÈRE SECTION

DES PERSONNES AUTORISÉES OU CHARGÉES DE FAIRE L'INSCRIPTION

En vertu de l'article 6 du décret du 18 novembre 1924 relatif à la tenue des livres fonciers, toute personne peut requérir l'inscription au profit ou à la charge de qui elle doit être effectuée ou que la loi autorise ou oblige à provoquer.

Ces personnes sont en premier lieu les parties ou leurs ayants-droit. A ce sujet, l'art. 25 du décret de 1924 est venu trancher une difficulté soulevée par la circulaire ministérielle du 1er décembre 1924, relative à l'application de la loi locale. En vertu de cette loi, une inscription ne peut être prise qu'au profit d'une personne déterminée qui peut se prévaloir d'un droit, et les effets du droit ne réagissent contre les tiers qu'à compter de son inscription. Or, en ce qui concerne le droit au rapport en nature d'une donation, les héritiers sont incertains jusqu'à l'ouverture de la succession et on ne saurait dire qu'ils aient un droit quelconque dans la succession du vivant du donateur. Par conséquent, il faudrait admettre que l'inscription ne peut être requise par les co-héritiers qu'au moment de l'ouverture de la succession. Mais si les co-héritiers seuls avaient qualité pour faire inscrire ce droit au rapport, nous arriverions à cette solution fâcheuse, que tous les droits réels et charges créées par le donataire du vivant du donateur resteront valablement constitués, sans que les co-héritiers aient pu sauvegarder leurs intérêts par une inscription. C'est alors, pour remédier à ce résultat peu satisfaisant, que le dit article 25[2] autorise le donateur lui-même à faire l'inscription du

droit au rapport en nature de l'immeuble donné. En cas de substitution, cette difficulté n'existe pas. En effet, l'article 1069 du Code civil oblige soit le grevé, soit le tuteur nommé pour l'exécution de publier les dispositions par acte entre vifs ou testamentaires à charge de restitution et celà sous peine de responsabilité personnelle. (Art. 1073 C. civ.).

A côté des parties, le Tribunal est appelé à requérir l'inscription d'une restriction au droit de disposer lorsqu'elle résulte d'une décision judiciaire. C'est le cas notamment pour l'ordonnance de saisie immobilière qui est inscrite d'office au livre foncier en vertu de l'article 145 de la loi locale. C'est également le cas pour la restriction au droit de disposer résultant du jugement déclaratif de faillite en vertu de l'article 24 du décret. C'est enfin le cas de l'interdiction d'aliéner que pourront prononcer les tribunaux en vertu des articles 932 et 938 de la Z. P. O.

En ce qui concerne les restrictions au droit de disposer résultant d'actes entre vifs, translatifs ou déclaratifs de propriété immobilière, les notaires, greffiers et autorités administratives sont tenus de faire inscrire sans délai et indépendamment de la volonté des parties, les droits résultant des actes dressés par devant eux et visés à l'article 42 de la loi locale. Toutefois ils ne seront tenus de faire inscrire le droit à la résolution d'un contrat synallagmatique, le droit à la révocation d'une donation et le droit d'un rapport en nature d'une donation que sur la demande expresse des parties.

A l'occasion de l'inscription d'un droit de réméré, la question suivante a été soulevée par la Cour de Colmar : Est-ce que les intéressés devront préalablement avoir consenti à cette inscription, conformément à l'article 873 du B. G. B. et à l'article 19 de la G. B. O ?

Les premiers juges avaient refusé l'inscription du droit de réméré qui était constitué dans l'acte notarié, motif pris, que les parties n'avaient pas consenti expressément à cette inscription. L'arrêt de la Cour de Colmar, rendu le 8 décembre 1925, est venu fixer la jurisprudence (1). Il a décidé que le consentement à l'inscription, indispensable sous le régime du B. G. B. n'est plus une condition essentielle de cette inscription à partir du 1er janvier 1925. En effet, l'article 6 du décret de 1924 donne le droit de requérir l'inscription à toute personne que la loi autorise ou oblige. Or, en l'espèce, la constitution du droit de réméré avait été établie par un acte notarié, et le notaire est obligé en vertu de l'article 43 de la loi locale à prendre l'inscription de ce droit. Il est admis à faire cette inscription comme mandataire des parties, ainsi que les avocats et avoués, sans avoir besoin de présenter une procuration par écrit (art. 9 du décret). Il s'ensuit de ces textes, combinés avec l'article 37 de la loi locale, qui n'attribue au livre foncier que le rôle de registre de publicité, que le notaire rédacteur de l'acte, contenant une restriction au droit de disposer, est autorisé de requérir son inscription, sans que les parties y aient donné expressément leur consentement et sans pouvoir spécial de ces derniers. Une exception est seulement faite par l'article 43 alinéa 2 de la loi locale, qui n'autorise le notaire à faire l'inscription des restrictions prévues par l'article 38 g) h) et i) que sur la demande expresse des parties. En effet, il est souvent inutile d'inscrire ces restrictions légales et le législateur de 1924 a jugé que celles-ci ne feraient, dans la plupart des cas, qu'encombrer le livre foncier.

---

(1) Paru dans la Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1926 p. 439.

DEUXIÈME SECTION

DE LA REQUÊTE AUX FINS D'INSCRIPTION

L'inscription d'une restriction au droit de disposer a lieu sur requête en vertu de l'article 6 du décret de 1924. Le requérant est tenu de justifier par des actes ou autres pièces l'existence du droit dont il demande l'inscription.

Les restrictions au droit de disposer judiciaires seront prouvées à l'aide de la décision judiciaire qui les édicte. Les restrictions au droit de disposer légales et conventionnelles seront prouvées à l'aide de l'acte qui en est le fondement, soit que l'acte contienne expressément la clause stipulant la restriction, soit que celle-ci en résulte de la loi. Le requérant visera dans la requête ces actes ou loi. Il joindra l'original de l'acte, s'il est sous seing privé ou l'extrait de l'acte si celui-ci est passé dans la forme authentique.

Mais il se pourra que d'autres pièces soient exigées à l'appui de la requête. Ainsi l'existence d'un régime matrimonial conventionnel doit être prouvée au moyen du contrat de mariage ou d'un extrait du registre matrimonial. Le certificat d'héritier est nécessaire pour prouver le droit successoral des héritiers légitimes, naturels ou des successeurs irréguliers, des légataires à titre universel ou légataires universels. L'institution des légataires à titre particulier peut être prouvée par la production du testament. Dans le cas où la loi prescrit, soit l'envoi en possession par le tribunal, soit la délivrance du legs par les héritiers, ou les légataires universels, le requérant doit entre outre prouver, soit l'envoi en possession, soit le consentement des héritiers ou

des légataires universels autorisés à effectuer la délivrance. Si, conformément aux articles 1006 et 1008 du Code civil, l'envoi en possession n'est pas nécessaire du fait que le testament est authentique, il suffira de présenter un extrait du testament (art. 42 du décret).

Ainsi, pour obtenir l'inscription du droit au rapport en nature d'un immeuble non effectuée du vivant du donateur, le requérant devra d'abord prouver la donation en se référant à l'acte. Ensuite il devra prouver sa qualité d'héritier, par un certificat d'héritier. Mais le décret de 1924 article 25 fait ici une exception. A raison de l'urgence qu'il y a de faire l'inscription du droit au rapport en nature, les co-héritiers sont dispensés de faire la preuve par les moyens prescrits à l'article 42 du décret, ils peuvent justifier leurs qualités par tous les moyens, tels par exemple par un certificat du maire ou du notaire. Notons à cet effet que quand il s'agit d'une succession non ouverte dans nos trois départements, le certificat d'héritier peut être remplacé par un acte de notoriété ou un intitulé d'inventaire. Pour toute succession ouverte avant le 1er janvier 1925, la preuve du droit successoral se fait conformément aux dispositions du droit local antérieur.

TROISIÈME SECTION

DU CONTROLE EXERCÉ PAR LE JUGE DU LIVRE FONCIER

Dans nos trois départements, le juge du livre foncier n'est pas réduit au rôle passif du conservateur des hypothèques. Il doit exercer au contraire un contrôle sérieux sur les requêtes à fin d'inscription qui

lui sont soumises, pour que les énonciations du livre foncier soient exactes et correspondent aux situations juridiques véritables. Ce contrôle s'explique d'ailleurs également du fait que le préposé au livre foncier ne transcrit pas des actes comme c'est en principe le cas dans les autres départements, mais est chargé d'inscrire seulement les droits qui en résultent. Toutefois on ne pouvait imposer au juge une vérification absolue et la loi locale dans son article 46 a limité à cet effet les pouvoirs du préposé au livre foncier.

Ce dernier doit d'abord vérifier si le droit, dont l'inscription est requise, est de nature à être publié, plus spécialement s'il est susceptible de tomber sous l'application de l'art. 38 de la loi locale. Il doit donc rejeter la requête dans le cas contraire. En principe, le juge n'a pas à s'occuper de toutes les conditions justifiant l'inscription requise, du moment qu'on lui produit, constaté dans les formes légales, le consentement de celui dont le droit est atteint par l'inscription, il doit opérer celle-ci. Remarquons qu'il n'appartient, par conséquent, pas au préposé du livre foncier de trancher par exemple la question de validité ou de nullité d'une société en dehors de tout débat contradictoire. A cet effet, nous n'avons qu'à renvoyer nos lecteurs à l'arrêt de la Cour de Colmar du 10 décembre 1929 concernant la clause d'accroissement (V. supra 2e partie 1er chap. 7e sect.) (1)

Le préposé au livre foncier vérifie également si l'acte répond à la forme prescrite, si l'auteur du droit est lui-même inscrit et enfin si les parties sont capables et dûment représentées.

La requête à fin d'inscription n'est soumise à aucune forme particulière ; pratiquement elle est insérée dans

(1) V. Rev. jur. d'Als.-Lorr. 1931. No 1-2 et la note de M. Degand.

l'acte ou dans l'extrait de l'acte qui donne lieu à inscription. En vertu de l'art. 36 du décret relatif à la tenue des livres fonciers, tout acte entre vifs, portant constitution ou transmission des droits et restrictions au droit de disposer désignés à l'art. 38 b à i ne peut, sous réserve de l'application de l'art. 42 de la loi de 1924 et de la législation française mise en vigueur, faire l'objet d'une inscription au livre foncier que s'il est passé en forme authentique ou si les signatures des parties sont authentiquement légalisées. En outre, en vertu de l'art. 44 de la loi locale, le titulaire d'un droit énoncé à l'art. 38 ne peut être inscrit avant que le droit de son auteur immédiat n'ait été lui-même inscrit. Ainsi le bénéficiaire d'une promesse de vente ne pourra inscrire la restriction au droit de disposer du promettant, qu'après avoir fait inscrire la propriété des immeubles au nom de ce dernier. Une exception est toutefois faite en cas de décès. Le transfert ou l'extinction d'un droit inscrit au nom d'un titulaire décédé peut être publié sans inscription préalable des droits des héritiers du défunt. Ajoutons que lorsqu'un immeuble n'est pas encore porté au livre foncier, la première inscription de la propriété se fait sans publication préalable de l'auteur du titulaire actuel. Celui-ci doit alors prouver par un moyen quelconque une possession commencée avant le 1er janvier 1900, non interrompue et à titre de propriétaire, en joignant, le cas échéant, à sa possession celle de son auteur. (Art. 44 l. loc.). Pour prouver une telle possession, le décret du 14 janvier 1927 article 18 exige un acte de notoriété dressé par un notaire du canton, ou un certificat du maire indiquant, avec les dates, quels ont été les possesseurs successifs.

Le préposé au livre foncier a encore à vérifier si les parties sont capables ou dûment représentées. Notons

à cet effet que le droit français constitue le droit commun des règles régissant l'état et la capacité des personnes et que les dispositions maintenues du droit local sont exceptionnelles et de stricte interprétation. Quant à la représentation et preuve de la qualité, nous renvoyons aux articles 9 et 42 du décret analysés dans les sections précédentes.

Le préposé au livre foncier doit restreindre son examen à ces fins et il ne lui appartient pas de se livrer à des investigations quelconques tendant à s'assurer si l'acte produit a véritablement donné naissance au droit ou à la restriction prétendu (1). Lorsque, par ailleurs, le juge estime que les conditions légales ne sont pas réunies, il statue dans les formes de la juridiction gracieuse du droit local. Il peut rejeter la requête, ou impartir un délai au requérant, par la voie d'une décision intermédiaire, lorsqu'il estimera que ce dernier est en mesure d'aplanir l'obstacle. Ses décisions sont susceptibles du recours par le pourvoi, mais ce dernier n'est plus admis une fois le droit inscrit. (art. 52 du décret).

QUATRIÈME SECTION

DU LIEU ET DU RANG DES INSCRIPTIONS.

Si les conditions exigées par la loi sont réunies, le préposé au livre foncier effectuera l'inscription. Celle-ci a lieu sous la section à ce destinée et pour les restrictions sous la section deux concernant les charges et restrictions au droit de disposer.

(1) V. arrêt de la C. de Colmar du 26 août 1927. Rev. Jur. d'Als.-Lorr. 1927 p. 550.

Remarquons que chaque feuillet du livre foncier est divisé en trois sections. La première section est relative à la propriété, la seconde aux charges et restrictions au droit de disposer et la troisième aux privilèges, hypothèques et séparations de patrimoine.

Dans la section deux, qui nous intéresse plus spécialement, sont inscrits : La superficie, l'emphytéose, l'usufruit, le droit d'usage, le droit d'habitation, les servitudes foncières, l'antichrèse, les prestations foncières, le droit du locataire et du fermier en cas de bail d'une durée de plus de douze ans, le payement anticipé ou la cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus et les restrictions au droit de disposer conventionnelles, judiciaires et légales, de même les prénotations se rapportant à la propriété ou aux droits inscrits dans cette section. Toute modification relative aux droits ainsi qu'aux restrictions au droit de disposer et aux prénotations précitées ; les mentions spéciales relatives à la co-affectation d'un autre immeuble, à la sûreté d'une prestation foncière ou d'un autre droit et la radiation des inscriptions faites dans cette section.

La section trois du feuillet du propriétaire est réservée à l'inscription des privilèges, hypothèques et droits à la séparation des patrimoines. Figurent également dans cette section, les restrictions au droit de disposer se rapportant aux privilèges et aux hypothèques.

Le préposé au livre foncier fera l'inscription des restrictions au droit de disposer dans la colonne à ce destinée, en indiquant à côté le numéro d'ordre de l'immeuble grevé. Il donnera à chaque inscription un numéro d'ordre en commençant par un, deux et ainsi de suite, ce qui déterminera le rang des droits et restrictions au droit de disposer. Les inscriptions sont datées du

jour où elles sont effectuées. Elles sont faites dans l'ordre de la présentation des requêtes qui sont portées sur un registre spécial au fur et à mesure de leur dépôt et qui sont revêtues du numéro d'ordre. Le préposé du livre foncier pourra retarder son inscription par suite de l'examen qu'il a à faire. (V. sect. précédente). Il pourra demander au requérant des éclaircissements sur la restriction dont l'inscription est demandée, mais à la condition de sauvegarder le rang de celle-ci par une prénotation. Observons encore que lorsque des requêtes relatives à un même immeuble sont déposées en même temps elles auront rang égal. Cela peut arriver en cas d'envoi par la poste. Une exception à cette règle est apportée par l'Art. 45 l. loc., qui dit qu'en cas de parité de rang, les privilèges du vendeur et du co-partageant priment les droits inscrits du chef du nouveau propriétaire.

Jusqu'à leur inscription définitive ou provisoire, les restrictions au droit de disposer ne pourront être opposées aux tiers. Il en résulte qu'une erreur commise par le juge du livre foncier peut causer au particulier un préjudice considérable. Aussi la loi locale dans son article 46 établit-elle la responsabilité directe de l'Etat pour toutes les fautes commises par le préposé au livre foncier dans l'exercice de ses fonctions. C'est une garantie bien plus efficace pour le particulier que celle établie dans le système des autres départements, où le conservateur des hypothèques est directement responsable à l'égard des parties.

CINQUIÈME SECTION

DES TIERS AUXQUELS LES RESTRICTIONS INSCRITES SONT OPPOSABLES

Jusqu'à leur inscription définitive ou provisoire, les restrictions au droit de disposer ne peuvent être opposées aux tiers, qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont fait inscrire en se conformant aux lois (art. 40 l. loc.).

Les tiers visés par cet article sont, en principe ceux de la loi du 23 mars 1855. Cette loi n'a d'ailleurs pas énuméré les personnes qui ont le droit d'opposer le défaut de publicité, elle n'a indiqué que d'une manière générale les conditions qu'il faut remplir pour avoir la qualité d'un tiers. En vertu de l'article 3, l'acte non transcrit ne peut être opposé aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. Il résulte de ce texte, que pour être un tiers, il faut : 1) Que l'on ait acquis des droits sur l'immeuble, 2) que ces droits soient assujettis à la publicité, et 3) que l'on ait effectivement réalisé cette publicité. Les personnes qui remplissent les conditions susindiquées et qui peuvent dès lors opposer le défaut de publicité des droits et restrictions, sont en vertu de la loi de 1855 les suivantes : L'acquéreur de la propriété, l'usufruitier ou l'usager, l'emphytéote, l'ayant-droit d'une servitude foncière, les créanciers privilégiés, hypothécaires et ceux de la faillite qui ont acquis un droit réel sur l'immeuble, le créancier antichrésiste et le locataire dont le bail a une durée de plus de 18 ans. etc. (1)

(1) Cette durée a été réduite à 12 ans pour l'Als.-Lorr. (Art. 38).

Mais la loi loc. de 1924 a élargi sensiblement le cercle des tiers tel qu'il est établi par la loi de 1855. En droit local, seront considérés comme des tiers tous ceux qui ont acquis l'un des droits assujettis à la publicité par l'article 38 et qui l'ont conservé par une inscription. Contrairement au droit des autres départements, le légataire particulier d'un immeuble est dans le droit local un tiers et soumis à la publicité de son titre pour pouvoir invoquer l'article 40 de la loi de 1924. Tout de même, il ne faudra pas exagérer l'importance de cette différence de législation. Admettons, par exemple, un conflit entre un successeur universel et un légataire particulier d'un immeuble non-inscrit et admettons que les héritiers du de cujus ont attribué dans le partage l'immeuble à l'un deux, le légataire n'aura rien à craindre vis-à-vis de l'héritier attributaire de l'immeuble, même si ce dernier a inscrit son droit de propriété, car comme héritier il ne saurait avoir plus de droits que son auteur le de cujus lui-même. (1)

Notons que l'art. 40 continue que le défaut d'inscription dans le cas des art. 941 du C. civ. (donations) et 1070 du même Code (substitutions) demeure réglé par ces articles. La formule employée par ces textes pour définir les personnes pouvant se prévaloir du défaut de transcription est très large. L'art. 941 renferme notamment deux nouvelles catégories de tiers, savoir : Les créanciers chirographaires du donateur et les légataires particuliers. La jurisprudence ajoute même les créanciers ou ayants-cause du donataire. Mais ne pourront

(1) Une autre différence résulte du fait que les créanciers jouissant d'un privilège général ou d'une hypothèque légale, dispensés de rendre leur droit public dans les autres départements, devront nécessairement inscrire leur titre en Alsace-Lorraine, pour pouvoir invoquer la qualité de tiers.

se prévaloir du défaut de publicité les personnes chargées de la faire et leurs ayants-cause. Quant aux tiers de l'art. 1070, nous n'avons qu'à renvoyer nos lecteurs à la section deux relative aux substitutions (V. supra 2e partie, chap. I Sect. 2).

L'art. 40 de la loi locale nous ramène ainsi très nettement vers le droit des autres départements. Ce texte maintient expressément la distinction, d'ailleurs peu rationnelle, entre les tiers, suivant qu'il s'agit de donation ou d'actes à titre onéreux. En effet, il n'entrait pas dans le rôle du législateur de 1924 de réformer la législation française sur ce point.

CONCLUSION

Nous avons exposé dans ce qui précède le système des restrictions au droit de disposer tel qu'il est établi par la loi du 1er Juin 1924 art. 38. Il nous appartient maintenant de conclure sur la valeur de ce régime et sur sa destination future.

Quels sont les inconvénients du système des restrictions au droit de disposer ?

Nous avons constaté, que l'étendue de la restriction se détermine en principe d'après la loi française. C'est elle qui décide dans quelle mesure la restriction entraîne la caducité des droits des tiers, si elle annule seulement les charges créées par le propriétaire, limité dans la faculté de disposer, ou encore si elle annule une aliénation effectuée par lui. On peut donc reprocher aux restrictions au droit de disposer de porter une grave atteinte à la libre circulation des biens. Notamment par leurs effets absolus et indéterminés, elles bloquent en fait les immeubles grevés et elles constituent ainsi une entrave aux transactions immobilières et au crédit public en général. Aussi, la législation locale antérieure au 1er janvier 1925, avait-elle nettement prohibé les restrictions au droit de disposer par acte juridique sur le domaine réel. Pour garantir leur droit vis-à-vis des tiers, les parties pouvaient tout au plus recourir soit à l'inscription d'une prénotation, soit à l'inscription d'une hypothèque constituée à cet effet. Nous avons vu que les parties avaient souvent recours à cet expédient.

Nous pouvons même dire que le Code civil et le B.G.B. ont préféré l'hypothèque à la simple restriction, considérant la première institution plus souple et par conséquent à l'abri des critiques formulées ci-dessus.

Quelle est la réponse que nous allons faire à ces critiques ?

L'hypothèque est-elle préférable à la restriction ? Il faut répondre que non. Il est vrai que l'hypothèque présente le double avantage de ne grever l'immeuble que jusqu'à concurrence d'une certaine somme et de conférer au créancier outre le droit de préférence également le droit de suite, mais si les parties étaient obligées de recourir à une constitution hypothécaire cela entraînerait pour elles de nouveaux actes et par conséquent de nouveaux frais. Il ne faut donc pas exagérer les objections et critiques adressées au système de la restriction. Ces objections seraient fondées, il est vrai, sous un régime foncier, tel que l'ont organisé le Code civil et la loi du 23 mars 1855, sacrifiant les droits des tiers par suite des nombreux cas de résolutions occultes qui atteignent leur titre d'acquisition et qui rejaillissent sur les ayants-droit même de bonne foi. Mais ces objections ne portent pas contre les restrictions soumises à un régime de publicité si largement organisée par la loi du 1er juin 1924 dans son article 38. Nous avons vu que cet article protège d'une façon très complète les tiers acquéreurs de bonne foi à l'égard des restrictions au droit de disposer et des conditions résolutoires expresses ou tacites assimilées à des restrictions, sans déroger pour cela à la règle fondamentale de l'art. 1138 C. civ. consacrant l'effet translatif de toute mutation immobilière dans les rapports des parties. Nous avons vu également que les hypothèses où se rencontrent de pareilles restrictions sont très multiples et variées. Elles

peuvent résulter soit en vertu de conventions particulières, soit en vertu de décisions judiciaires, soit en vertu de prescriptions légales. Mais quelque soit l'origine de la restriction qu'elle soit conventionnelle, judiciaire ou légale, le tiers est toujours averti du danger qui le menace et la restriction ne lui est opposable que si elle est inscrite au livre foncier. (Il existe quelques rares exceptions parmi les restrictions légales seulement). L'art. 38 a donc réalisé une réforme considérable par rapport au droit des autres départements.

Ce système sera-t-il seulement transitoire dans nos trois départements et va-t-on réintroduire le régime du Code civil et de la loi du 23 mars 1855?

A notre avis, non. L'établissement du livre foncier en Alsace-Lorraine comme simple registre de publicité, combiné avec le principe fondamental de l'article 1138, sur la validité du contrat par le simple consentement, nécessite absolument le maintien des restrictions au droit de disposer, telles qu'elles sont conçues par l'art. 38 f) à i). En effet, du fait qu'on ne transcrit plus les actes faisant ressortir les restrictions au droit de disposer du propriétaire, une publicité directe de ces dernières s'impose absolument. Or, l'introduction en Alsace-Lorraine du système de la transcription des actes et jugements ne paraît plus probable, car le législateur a même en vue de faire bénéficier l'ensemble du pays d'un régime foncier tel qu'il existe actuellement dans nos trois départements. Si cela arrive, et nous le souhaitons vivement, l'article 38 aura doté la France entière d'un système foncier, qu'elle a vainement essayé à réaliser jusqu'ici.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Objet de l'étude. Origine de l'art. 38. Plan . . . 3
Bibliographie 7
Principales abréviations 11

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT ANTÉRIEUR A LA LOI DU 1er JUIN 1924

Chapitre premier. — Les restrictions au droit de disposer dans le droit intermédiaire. Période de 1871 à 1900.
Généralités 13
Section I. — Le régime foncier en France en rapport avec les restrictions au droit de disposer 14
Section II. — Les modifications apportées par la loi sur les livres fonciers du 22 juin 1891 17
Section III. — Classement des restrictions au droit de disposer 20
1. Des restrictions au droit de disposer absolues 20
2. Des restrictions au droit de disposer relatives 21
Chapitre deux. — Les restrictions au droit de disposer sous l'empire du B. G. B. Période de 1900 à 1925.
Généralités 23
Section I. — L'influence des trois registres fonciers sur les restrictions au droit de disposer de l'ancien droit 26

Section II. — Les restrictions au droit de disposer du nouveau droit 28
1. Les restrictions au droit de disposer absolues 28
2. Les restrictions au droit de disposer relatives 29
a) Les restrictions au droit de disposer dites légales 29
b) Les restrictions prononcées par un Tribunal ou par une autre autorité en exécution d'une loi 32
3. Règles relatives à la foi publique des restrictions inscrites 33
a) Quelles sont les conditions qu'un tiers doit remplir pour invoquer cette foi publique ? 34
b) A quel moment le tiers acquéreur doit-il avoir connaissance de la situation véritable? 35

DEUXIÈME PARTIE

LES RESTRICTIONS AU DROIT DE DISPOSER ACTUELLES

RÉGIME DE LA LOI LOCALE DU 1er JUIN 1924 (art. 38 f à i)

Définition et classification 37
Chapitre premier. — Des restrictions au droit de disposer conventionnelles.
Généralités 41
Section I. — La promesse de vente 42
1. De quel genre de promesse est-il question dans l'art. 38? 42
2. Quelles sont ses conditions de validité? . . . 43
3. Quels sont les effets de la promesse de vente en droit français? 44
4. Quelle est l'innovation réalisée par l'art. 38? . 45

5. Quel était le système sous l'empire du B. G. B. ? 47
6. Quelle est l'utilité pratique de la promesse ? . 47
Section II. — Le legs ou donation avec charge de substitution 48
1. Quelles sont les substitutions permises ? . . . 48
2. Quelles sont les restrictions du grevé de substitution ? 49
3. Quels sont les effets du défaut de publicité ? . 51
a) Substitution résultant d'un testament . . 52
b) Substitution résultant d'une donation . 52
a. La donation seule a été publiée 53
b. La substitution seule a été publiée . . 53
4. Quel était le système sous l'empire du B. G. B. ? 54
5. Quelle est l'utilité des substitutions ? 55
Section III. — Le droit de retour conventionnel . 55
1. Comment doit-il être stipulé pour produire un effet rétroactif ? 56
2. Sera-t-il opposable à l'hypothèque légale de la femme du donataire (la restriction est-elle d'ordre public) ? 57
3. Quelle est l'utilité du droit de retour conventionnel ? 58
Section IV. — Le droit de réméré 59
1. Comment doit-il être stipulé ? 60
2. Quelles sont les conditions d'exercice du droit de réméré ? 61
3. Quels sont ses effets ? 62
4. Quelle est l'utilité pratique du réméré ? . . . 63
Section V. — La convention d'indivision 64
1. Quand emploie-t-on la convention d'indivision ? 64
2. Cette convention est-elle toujours valable ? . . 65
3. La convention valable a-t-elle pour effet un empêchement au droit de disposer ? 65
4 .Quel était le système sous l'empire du B. G. B. ? 67

Section VI. — Le droit de préférence d'acquisition ou droit de préemption 68
1. Quels sont les caractères du pacte de préférence? 68
2. Est-ce que ce pacte de préférence tombe sous le coup de l'art. 38? 69
3. Quels sont ses effets? 70
4. Des droits de préemption légaux 71
Section VII. — L'aliénation sous condition suspensive ou résolutoire 72
1. Quelques exemples d'application pratique (Réméré-Accroissement) 73
2. Quel est l'effet de l'avènement de la condition? 75
3. Comment s'accomplit la condition résolutoire conventionnelle? 77
Section VIII. — La constitution d'un bien de famille inaliénable 78
1. Quels sont les effets de cette constitution? . . 79
Section IX. — La stipulation d'inaliénabilité . . . 81
1. Quel est le critère de sa validité? 81
2. Quelles sont les conditions imposées à cet effet par la jurisprudence? 83
3. Quels sont des exemples d'application pratique? 84
4. Quelle est la sanction de la prohibition d'aliéner? 86
Chapitre deux. — Les restrictions au droit de disposer judiciaires.
Généralités 89
Section I. — Les mesures provisoires 90
1. Quelles sont les conditions d'application? . . 90
2. Quelles sont les mesures que le tribunal peut édicter? 91
Section II. — L'ordonnance de saisie immobilière 93

1. Comment est obtenue l'ordonnance de saisie immobilière? 94
2. Quels sont les effets qui en résultent? 94
3. Quelle est l'hypothèse prévue par le § 932 de la Z. P. O.? 95
Section III. — Le jugement de déclaration de faillite 97
1. Quelles sont les restrictions résultant de l'art. 443 du Code de commerce? 97
2. Comment se produit le dessaisissement? . . . 99
Chapitre trois. — Les restrictions au droit de disposer légales.
Généralités 101
Section I. — Le legs ou donation sous condition . 101
1. Quel est le critère de la validité de la condition? 103
a) Quelles sont les charges ou conditions contraires au principe de l'irrévocabilité des donations? 104
b) Quelles sont les charges ou conditions contraires à la loi? 106
a. Quels sont les traits distinctifs des charges ou conditions impossibles, illicites ou immorales? 107
b. Quel est le fondement juridique de l'art. 900 C. civ.? 109
c. Quelles sont les principales applications pratiques? 109
2. Comment se produit la révocation de la libéralité? 113
3. Quel est l'effet de la révocation obtenue en justice? 114
Section II. — Le droit à la résolution d'un contrat synallagmatique 116
1. Quels sont les principaux cas d'application de l'art. 38 g)? 116

2. Quelles sont les restrictions de l'art. 1184 C. civ.? 119
3. Comment s'opère la résolution? 121
4. Quel était le système sous l'empire du B. G. B.? 122
Section III. — Le droit à la révocation d'une donation 123
1°) La révocation pour cause d'ingratitude 123
1. Quels sont ces cas donnant lieu à l'action en révocation? 124
a) Le donataire a attenté à la vie du donateur 124
b) Le donataire s'est rendu coupable envers le donateur de sévices, délits ou injures graves 124
c) Le donataire a refusé des aliments au donateur 125
2. Le droit de révocation pour cause d'ingratitude est-il assujetti à inscription par l'art. 38 h)? . 125
3. Comment doit être intentée l'action en révocation seule assujettie à publicité? 127
4. Est-ce que toutes les donations sont soumises à la révocation pour cause d'ingratitude? . 128
2°) La révocation pour cause de survenance d'enfant 129
1. Quels sont les genres de donation révocables? 130
2. Quelles sont les conditions pour que la donation soit révoquée? 131
3. Quels sont les effets du droit à la révocation inscrit conformément à l'art. 38 h)? 131
4. Comment opère la révocation? 132
Section IV. — Le droit au rapport en nature d'une donation 133
1. Quelles sont les libéralités soumises au rapport en nature? 134

2. Quels sont les effets du droit au rapport inscrit conformément à l'art. 38 i)? 135
3. Comment se comportent les art. 73 et 136 de la loi locale vis-à-vis du droit au rapport en nature inscrit? 136
Section V. — Des restrictions au droit de disposer légales non-mentionnées par l'art. 38 f) à i) . . 139
1. Du retrait d'indivision 139
2. Du retrait successoral 140
3. De la donation cumulative de biens présents et à venir 141
4. De la donation entre époux 141
5. De l'institution contractuelle 142
6. De l'adoption du régime dotal 144

TROISIÈME PARTIE

DE LA PROCÉDURE DE L'INSCRIPTION

Généralités 147
Section I. — Des personnes autorisées ou chargées de faire l'inscription 149
Section II. — De la requête aux fins d'inscription 152
Section III. — Du contrôle exercé par le juge du livre foncier 153
Section IV. — Du lieu et du rang des inscriptions 156
Section V. — Des tiers auxquels les restrictions inscrites sont opposables 159
Conclusion — Appréciation critique du système des restrictions au droit de disposer. (Ses inconvénients - ses avantages - sa destination future). . . . . 163—165

Vu :

Strasbourg, le 20 mars 1933.

Le Président de thèse :

J. DUQUESNE.

Vu :

Strasbourg, le 20 mars 1933.

Le Doyen de la Faculté :

J. DUQUESNE.

Vu et permis d'imprimer :

Strasbourg, le 25 mars 1933.

Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université :

J. DRESCH.